SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE LA LEY ORGÁNICA DE EUTANASIA: ¿DEMASIADO RÁPIDO, DEMASIADO LEJOS?

Por

FEDERICO DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN
Profesor propio agregado de Derecho Constitucional
Universidad Pontificia Comillas

fmontalvo@comillas.edu

Revista General de Derecho Constitucional 39 (2023)

La muerte ha dejado de integrarse en una narrativa de redención
que dé sentido a la vida. Se trata más bien de mi muerte,
que yo tengo que asumir solo y por mi mismo
Byung-Chul Han, La crisis de la narración, 2023

RESUMEN: El pasado mes de marzo, el Tribunal Constitucional ha resuelto acerca de la constitucionalidad de la proclamación legal del derecho a solicitar la ayuda para morir o, lo que viene a ser lo mismo, del derecho a la eutanasia contenida en la Ley Orgánica 3/2021. Una segunda resolución se ha dictado en el mes de septiembre en relación con el segundo recurso presentado frente a la citada Ley. Las Sentencias del Tribunal suponen un cambio no inmediato, ya que hasta ese momento no se había aún pronunciado directamente sobre la materia, pero sí mediato de la jurisprudencia constitucional. Frente a una doctrina que había venido manteniendo, con ocasión del debate acerca del derecho a rechazar un tratamiento médico, que el derecho a la vida no puede concebirse como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte, constituyendo el acto de disposición sobre la propia vida una mera manifestación de agere licere y, en modo alguno, un derecho subjetivo y, mucho menos aún, un derecho fundamental que implicara la posibilidad de movilizar el apoyo del poder público, el Tribunal viene ahora a proclamar que el reconocimiento por el legislador del derecho a la eutanasia se enmarca dentro del espacio de libertad que el texto constitucional ofrece.

En este trabajo vamos a abordar si estas dos Sentencias suponen una nueva forma de interpretar nuestro texto constitucional y, más específicamente, su parte dogmática y si la proclamación de un derecho a la eutanasia por el legislador y ahora refrendado por el Tribunal Constitucional constituye un límite para el futuro legislador que pretenda enfrentarse de nuevo a la tarea de regular la eutanasia ¿Ha venido, pues, este nuevo derecho para quedarse en los estrictos términos en los que ha sido proclamado por la Ley 3/2021?.

PALABRAS CLAVE: eutanasia, auxilio médico al suicidio, derecho a la vida, integridad física, consentimiento informado, derecho fundamental, interpretación constitucional.

SUMARIO: 1. Introducción; 2. Breve exégesis de los vicios formales de la Ley Orgánica; 3. La Constitución como texto abierto y vivo ¿consolidación de la doctrina del living tree o mera decoración constitucional?; 4. La Constitución se abre a la eutanasia a través de la evolución normativa; 5. Y en eso llego Mortier; 6. El derecho a la eutanasia ¿derecho fundamental o mero derecho de configuración legal?.

RULINGS OF THE CONSTITUTIONAL COURT ON THE EUTHANASIA REGULATION: TOO FAST, TOO FAR?

ABSTRACT: Last March 2023, the Constitutional Court ruled on the constitutionality of the legal proclamation of the right to euthanasia contained in Organic Law 3/2021. Later, on September the Court ruled again about the same Law. The Court's rulings represent a change that is not immediate, since until then it had not yet ruled directly on the matter, but it did through constitutional jurisprudence. Faced with a doctrine that had been maintaining, on the occasion of the debate about the right to refuse medical treatment, that the right to life cannot be conceived as a right of freedom that includes the right to death itself, constituting the act of disposition on one's own life a mere manifestation of agere licere and, in no way, a subjective right and, much less, a fundamental right that would imply the possibility of mobilizing the support of public power, the Court now comes to proclaim that the recognition by the legislator of the right to euthanasia is framed within the space of freedom that the constitutional text offers.

In this paper we are going to address whether these constitutional decisions represent a new way of interpreting our constitution and, more specifically, its dogmatic part and whether the proclamation of a right to euthanasia by the legislator and now endorsed by the Constitutional Court constitutes a limit for the future legislator who intends to once again face the task of regulating euthanasia. Has this new right come to remain in the strict terms in which it has been proclaimed by Law 3/2021?.

KEYWORDS: euthanasia, medical assisted suicide, right to life, physical integrity, informed consent, fundamental right, constitutional interpretation.

1. INTRODUCCIÓN

El pasado mes de marzo, el Tribunal Constitucional ha resuelto por medio de la Sentencia 19/2023, el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia , por cincuenta diputados del Grupo parlamentario Vox en el Congreso de los Diputados. No es el único recurso planteado frente a la norma que ha incorporado a nuestro ordenamiento jurídico el derecho a solicitar y recibir la ayuda necesaria para morir o, lo que viene a ser lo mismo, que ha proclamado, más allá de una mera despenalización de dicha práctica, el derecho a la eutanasia. Pocos meses después, en septiembre de 2023, el Tribunal ha resuelto el segundo de los recursos presentado contra la misma Ley, el interpuesto por más de cincuenta diputados del Grupo parlamentario Popular, en la Sentencia 94/2023.

El recurso objeto de resolución por la Sentencia 19/2023 se sustentaba, como se recuerda al inicio de su fundamentación jurídica, en dos argumentos principales de muy diferente naturaleza: el primero formal, denunciándose tanto la falta de cumplimiento de los trámites de audiencia y consultas previstos para la aprobación de una norma con rango de Ley, como la celeridad en su tramitación y ausencia de verdadero debate en la tramitación parlamentaria de la norma. Para los diputados recurrentes, el uso de la proposición de ley como vehículo para la tramitación de la Ley Orgánica de eutanasia no

tenía otro objeto que salvar la exigencia legal de audiencia e informes consultivos, constituyendo un fraude procedimental y, por ende, inconstitucional.

Al mismo tiempo, los recurrentes consideraban que la norma se había aprobado de manera acelerada y durante un estado de alarma, privándose a la ciudadanía y a los parlamentarios de un debate imprescindible sobre una legislación que altera total y radicalmente la concepción de la vida humana y el derecho fundamental nuclear que la protege constitucionalmente.

Tales fundamentos de inconstitucionalidad de naturaleza formal se reproducían en términos muy similares en el segundo recurso.

Junto a las tachas de índole puramente formal, se invocaban igualmente en ambos recursos otras de naturaleza material y, dentro de estas últimas, una principal, en virtud de la cual, se alegaba por los recurrentes que el derecho a exigir que el Estado provoque la propia muerte que se deducía de diferentes preceptos de la Ley Orgánica vulnera frontalmente el derecho fundamental a la vida proclamado en el artículo 15 CE, impugnándose en su totalidad la misma.

Además de dicha impugnación *in toto* de la Ley orgánica, los cincuenta diputados del Grupo parlamentario Vox, también recurrían en inconstitucionalidad, de manera subsidiaria, varios preceptos de la norma; véase: art. 1 ; art. 3, apartados b), c), d), e) y h) ; art. 4.1; art. 5, apartados 1 c) y 2 ; art. 6.4; art. 7.2 ; art. 8.4; art. 9 ; art. 12 a), apartado cuarto ; art. 16 ; art. 17; art. 18 a), párrafo cuarto ; disposiciones adicionales primera y sexta ; y disposición final tercera , en relación con el art. 16.1 y con la disposición adicional sexta.

En el segundo recurso, presentado por el Grupo parlamentario Popular, se invocaba que la Ley Orgánica no satisfacía plenamente las siguientes garantías: (i) la protección de las personas vulnerables contra actos que pongan en peligro su propia vida; (ii) asegurar que la decisión de poner fin a la vida se produce libremente y con pleno conocimiento de causa; (iii) evitar la toma decisiones por pacientes sin capacidad de discernimiento; (iv) protección frente a decisiones precipitadas; y (v) implementación de medidas para evitar abusos en un contexto liberalizado.

Nuestra reflexión va a centrarse, no tanto en las cuestiones concretas que pudieran afectar a la constitucionalidad de varios preceptos específicos de la Ley Orgánica, sino en el análisis del argumento material principal y, por tanto, en responder a la principal pregunta o inquietud que plantean, creemos, estas dos Sentencias: en qué medida tal decisión no sólo se limita a proclamar un nuevo derecho, sino que, más allá, promueve una nueva forma de interpretar el texto constitucional. Y, a estos efectos, veremos que el Tribunal Constitucional recoge, como ya hiciera años antes, la doctrina del *árbol vivo* o,

en expresión constitucional, del *living tree* o *living constitution*[1], conectando de esta manera con lo ya argumentado en el *seminal* o *leading case* patrio en el que se recurrió a dicha doctrina foránea, la anterior Sentencia sobre la constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo (véase, Sentencia 198/2012) ¿Consolida la Sentencia la interpretación viva de la Constitución como hermenéutica principal?

Por otro lado, se consagra una suerte de derecho a la autodeterminación o, en términos literales de las Sentencias, a la libertad autodeterminada que parece constituir ya el valor sustancial de nuestro orden constitucional. Y, a estos efectos, ambas resoluciones del Tribunal no interpretan la práctica de la eutanasia en clave de excepción a un contenido eminentemente positivo del derecho a la vida proclamado en el artículo 15 CE, sino como un verdadero derecho a exigir del Estado que provoque la muerte del titular de la vida y, por tanto, introduce el tan debatido contenido negativo. Se altera la concepción constitucional del derecho a la vida en nuestro ordenamiento, como derecho que, fundamentalmente, impone al poder público una prohibición (no privar de la vida) y un conjunto de deberes positivos de protección (proteger la vida de aquellos sometidos a su jurisdicción). Como recuerda Ángel Gómez Montoro, que el derecho a la vida sea ante todo un derecho de defensa explica que lo que se espera del poder público es, principalmente, que no prive de la vida ni la ponga en peligro. Pero su fuerte dimensión objetiva exige también su protección frente a terceros[2].

Parece alterarse, pues, la doctrina del Tribunal Constitucional, en virtud de la cual, éste había rechazado que el derecho a la vida pudiera concebirse como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte. El Tribunal tenía establecido que disponer de la vida propia sería una mera manifestación de *agere licere* resultado de que

---

*Este trabajo es el resultado de la investigación del PID 2022-141112NB-I00 "La importancia de la independencia del Tribunal Constitucional para la defensa de la Democracia constitucional" - ITCDDC- correspondiente a la Convocatoria 2022 del Ministerio de Innovación y Ciencia.

[1] La doctrina del *living constitution* conecta directamente con dos de las aspiraciones de todo texto constitucional en una sociedad democrática: en primer lugar, la de norma pactada que represente, más allá de una coyuntural mayoría parlamentaria, a toda la comunidad o, al menos a una gran parte de la misma. En segundo lugar, la aspiración de perdurabilidad en el tiempo. Y, por ambas aspiraciones, la Constitución se caracteriza no sólo por incorporar un gran número de principios y no sólo reglas, y porque éstas se configuren, en muchas ocasiones, como normas abiertas, que permitan su adaptación a una realidad cambiante sin necesidad de acudir al proceso de reforma constitucional. Aquí radica, quizás, la gran paradoja de la norma constitucional que aspira tanto a permanecer, de manera que su longevidad y la ausencia de cambios constantes hace presumir su fuerza jurídica y, además, política y social, como a no apartarse de la realidad social, cuestión difícil en sociedades como las actuales que son más complejas y cambiantes. Para resolver esta paradoja se presenta la doctrina del *living constitution* , con la que se pretende satisfacer ambas necesidades, ya que permite, sin reformar la Constitución y vía la labor interpretativa que la norma constitucional se adapte a nuevos contextos sociales.

[2] GÓMEZ MONTORO, A.J., “El derecho a la vida: viejos y nuevos debates”, en ARAGÓN REYES, M., VALADÉS, D. y TUDELA ARANDA, J. (Coords), *Derecho constitucional del siglo XXI: desafíos y oportunidades*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2023, p. 665.

la vida es un bien de la persona que se integra en su círculo de libertad, sin que, en ningún caso, pudiera considerarse un derecho subjetivo y, mucho menos aún, un derecho fundamental que implicara la posibilidad de movilizar el apoyo del poder público. En caso contrario, se reduciría el contenido esencial del derecho (STC 120/1990)[3].

Como señalara el Comité de Bioética de España en 2020, existen dos concepciones morales, contradictorias entre sí, acerca de la gestión de la muerte, y las sociedades necesariamente deben decidir si se decantan por una u otra. No cabe mantener una posición neutral, porque el Estado, o protege la vida humana como el bien primario que posibilita toda suerte de realización humana, o protege el ejercicio de la autonomía del individuo sobre su propia vida[4].

Como vamos a ver de inmediato, el Tribunal Constitucional ha optado por la segunda concepción moral citada, lo que no se corresponde con su propia doctrina jurisprudencial y, además, ello se formula sobre la base de una interpretación errónea, incluso, de una confusión entre el derecho a la vida y el derecho a la integridad física y psíquica, ambos proclamados en el mismo artículo 15 CE, pero con autonomía propia.

Sin embargo, la cuestión clave, más allá del análisis crítico de los fundamentos en los que se ha amparo el Tribunal para aceptar el encaje del derecho a la eutanasia en nuestro marco constitucional, es otra: como también expondremos al final ¿supone ello que se ha proclamado un nuevo derecho fundamental que se deduce del citado artículo 15 CE o un mero derecho subjetivo de configuración legal? Esta cuestión es especialmente relevante porque determina cuál es el ámbito de libertad de un futuro Parlamento con mayoría diferente a la que tramitó y aprobó la Ley Orgánica 3/2021, si la mayoría de éste considera necesario reformarla o derogarla, de conformidad con sus opciones políticas, sus preferencias ideológicas o sus juicios de oportunidad.

Así pues, desde la perspectiva de la interpretación constitucional, y siguiendo la doctrina de la mayoría del Tribunal en las Sentencias sobre la eutanasia, la parte dogmática de la Constitución parece que deberá atender ahora a dos criterios hermenéuticos principales: la Constitución es un texto vivo, abierto a los cambios sociales, de manera que su interpretación debe alinearse con la posición que sobre determinada materia mantenga mayoritariamente la sociedad, siendo este criterio interpretativo el preferente, reduciendo los valores y principios ético-legales al mero

---

[3] ARRUEGO, G., "Los confines del derecho fundamental a la vida", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 115, enero-abril 2019, p. 128.

[4] Comité de Bioética de España, *Informe sobre el final de la vida y la atención en el proceso de morir, en el marco del debate sobre la regulación de la eutanasia: propuestas para la reflexión y la deliberación*, 6 de octubre de 2020, p. 27. Puede accederse a dicho Informe a través del siguiente enlace: http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/Informe%20CBE%20final%20vida%20y%20la%20atencion%20en%20el%20proceso%20de%20morir.pdf.

juego de la mayoría, y la libertad autodeterminada constituye el valor al amparo del cual deben interpretarse los diferentes preceptos del texto constitucional, de manera que el valor dignidad consagrado en el artículo 10.1 CE será, exclusivamente, expresión de libertad. Es decir, un concepto eminentemente liberal de la dignidad y de la autonomía que olvide tanto la vulnerabilidad del ser humano como el carácter esencialmente relacional de aquélla.

Nuestro debate va a situarse, por tanto, en la perspectiva de lo que aportan dichas decisiones para la evolución de los derechos, sobre todo, en lo que se refiere a las facultades del Tribunal Constitucional, el poder contramayoritario, de interpretar y, por ende, ampliar, no solo el tenor literal de los derechos proclamados, sino el propio catálogo incluido en la parte dogmática de la Constitución. La reflexión será sobre esta cuestión más general, aunque sí haremos mención tanto a la fundamentación formal ya apuntada y a la naturaleza del nuevo derecho proclamado, cuestión que veremos que no queda resuelta de manera clara en el texto de las Sentencias. Creemos que estas tres cuestiones son las que, a la postre, tienen mayor impacto y efectos *ad futurum* en nuestro sistema constitucional de derechos y libertades.

Nuestro análisis se centrará, esencialmente, en la primera de las Sentencias dictadas, sin perjuicio de que haremos referencia y análisis de la segunda cuando aporte algún elemento nuevo para la reflexión, aunque ésta resuelve el recurso, en gran medida, por referencia o remisión a la dictada pocos meses antes.

En nuestro análisis incorporaremos, también, la mención a la interpretación que tanto de la Ley Orgánica como de la nueva doctrina del Tribunal Constitucional han llevado a cabo los Tribunales de la jurisdicción ordinaria. Desde la aprobación de la norma en marzo de 2021 ya se han dictado algunas resoluciones de los Tribunales ordinarios, interpretando, entre otras cuestiones relativas a su aplicación a supuestos de hecho concretos, si el derecho a la eutanasia que consagra la misma es o no un derecho fundamental o, por el contrario, un derecho subjetivo prestacional de configuración legal.

2. BREVE EXÉGESIS DE LOS VICIOS FORMALES DE LA LEY ORGÁNICA

Como ya hemos adelantado en nuestra introducción, los recurrentes, tanto del Grupo parlamentario VOX como Popular, invocan un vicio de carácter formal en el proceso de elaboración y aprobación parlamentaria de la norma, dado que en su tramitación no se evacuaron los correspondientes trámites de audiencia ni se recabaron diferentes informes, en especial, los del Consejo General del Poder Judicial, en atención a la naturaleza eminentemente penal de la misma, ni del Comité de Bioética de España, en cuanto a su contenido e implicaciones claramente bioéticas.

Ambas tachas de inconstitucionalidad son salvadas por el Tribunal con un argumento bien sencillo: las proposiciones de ley de origen parlamentario no requieren, ni en su presentación ni en su tramitación ulterior, de la emisión de informes previos de tipo alguno, fueran o no los mismos exigibles para el Gobierno antes de someter al Congreso un determinado proyecto de ley. Sin embargo, en cuanto a la ausencia del informe del Comité de Bioética de España, el Tribunal recuerda que éste emitió de oficio el 6 de octubre de 2020, aún en curso el procedimiento legislativo que dio lugar a la Ley Orgánica de eutanasia, un informe («Sobre el final de la vida y la atención en el proceso de morir, en el marco del debate sobre la regulación de la eutanasia: propuestas para la reflexión y la deliberación») que los recurrentes adjuntan a su demanda y del que transcriben determinados pasajes, no faltando referencias a este informe, por lo demás, a lo largo de los debates parlamentarios sobre la proposición de ley[5].

Por último, en cuanto a la denuncia de tramitación acelerada de la norma, el Tribunal rechaza tal queja dado que la proposición de ley que está en el origen de la Ley Orgánica no fue tramitada por el procedimiento de urgencia. Además, tampoco aprecia un menoscabo efectivo de los derechos de los parlamentarios a participar en este concreto procedimiento legislativo, sin hacer mayores precisiones al respecto, dado que considera que la denuncia de los recurrentes es absolutamente indeterminada.

Ciertamente, la posición del Alto Tribunal no es formalmente incorrecta en su apreciación de los trámites exigidos en la aprobación de una norma legal a partir de una proposición de ley. Pese a ello, la rotundidad con la que se desestima dicho argumento formal pudiera haber requerido de una mayor reflexión por parte del Alto Tribunal, dado que no estamos ante una norma cualquiera, sino ante una que supone una alteración profunda del principal valor que consagra nuestro ordenamiento constitucional y que se incardina en el propio papel del Estado, como garante y protector de la vida de los ciudadanos.

Y si bien la tacha de inconstitucionalidad es, como señala el Tribunal, de naturaleza formal, ello no significa que lo alegado no tenga también efectos materiales sobre el procedimiento seguido para su aprobación. El Tribunal hace una interpretación del proceso democrático en clave puramente formal, extremadamente procedimentalista, pareciéndole suficiente el mero cumplimiento de las formas y procesos para alcanzar la legitimidad de la norma, sin que sea necesario detenerse en los pormenores del

[5] Vid. («Diario de sesiones del Congreso de los Diputados». Comisiones, XIV legislatura, sesión de 10 de diciembre de 2020, núm. 249, pp. 12 y 13; «Diario de sesiones del Congreso de los Diputados». Pleno y diputación permanente, XIV legislatura, sesión de 17 de diciembre de 2020, núm. 72, p. 8; «Diario de sesiones. Senado», XIV legislatura, comisión de justicia, núm. 146, sesión de 25 de febrero de 2021, pp. 4 y 6, y el mismo «Diario de sesiones», núm. 43, Pleno, sesión de 10 de marzo de 2021, p. 95).

procedimiento, sino tan solo en los *pormayores*. El que la mayoría parlamentaria negara de plano y sin justificación la comparecencia de expertos ante la correspondiente Comisión o que se rechazara, en idénticos términos, la emisión de informes por diferentes órganos consultivos o de interés para la futura aplicación de la norma, como serían, en relación con estos últimos, las corporaciones de Derecho público que representan a las profesiones sanitarias, especialmente, la profesión médica, de enfermería o de psicólogos, no merece la misma mínima reflexión por parte del Tribunal, lo que no parece compadecerse bien con la propia doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, invocada por la Sentencia en lo que parece ser favorable a las pretensiones de la mayoría, pero omitida en lo que no. Y, singularmente, se salva la tacha de la ausencia de informe del Comité de Bioética de España a través de la presunta subsanación de ello que derivaría del hecho de que dicho Comité acordara, de oficio, la emisión de uno sobre el final de la vida antes de aprobarse en las Cortes Generales la Ley Orgánica, mientras que la falta del que hubiera de haber emitido el Consejo General del Poder Judicial, de haberse tratado de un proyecto, no encuentra similar argumento, sino que se rechaza de plazo.

Así, debemos recordar que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el necesario respeto al principio democrático en los procedimientos de elaboración de las normas no limita las exigencias del procedimiento a un plano meramente formal, sino que exige un cumplimiento también material. Conforme a esta doctrina del Tribunal Europeo, el proceso democrático tiene una doble dimensión, la formal y la material o sustancial. Como recuerda Sáiz Arnáiz[6], la primera se refiere a las discusiones que hayan podido tener lugar en las comisiones o en las sesiones plenarias de cada Cámara, a las mayorías que han apoyado la decisión tomada, a los comités técnicos o de expertos que eventualmente hayan intervenido, también fuera del Parlamento, en el trámite de elaboración de la medida general, y a las posibles consultas a la ciudadanía que se hayan llevado a cabo. Estos elementos (algunos de ellos), pero no necesariamente la suma de todos ellos, garantizarían que la actuación del *policy-maker* nacional ha sido respetuosa con el pluralismo y la diversidad de opiniones, por lo que ha sido posible tener un conocimiento cabal de los intereses en juego. La amplia legitimidad democrática de la que se encontraría revestida la decisión nacional obligaría al TEDH en tales casos a un ejercicio de *self-restraint*. Un proceso de estas características es el que mejor se adecua a la idea democrática que el propio Tribunal ha extraído del Convenio.

[6] SÁIZ ARNÁIZ, A., "Tribunal Europeo de Derechos Humanos y procesos políticos nacionales: democracia convencional y margen de apreciación", *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 42, 2018, pp. 243 y 244.

Pero hay en el proceso democrático también una dimensión sustantiva. Todos los trámites desarrollados durante el proceso de elaboración de la norma, dando participación a los sectores afectados y a la ciudadanía, sirven para demostrar que a lo largo del proceso se consideraron todos los intereses en juego y que la versión final de la propuesta normativa intentó ponderarlos todos, de manera que no pueda considerarse el resultado final como arbitrario ni desproporcionado. En la sentencia del caso *Shindler c. Reino Unido,* de 9 de septiembre de 2013, ap. 117, dice el Tribunal: "This is not to say that because a legislature debates, possibly even repeatedly, an issue and reaches a particular conclusion thereon, that conclusion is necessarily Convention compliant. It simply means that that review is taken into consideration by the Court for the purpose of deciding whether a fair balance has been struck between competing interests".

Por lo tanto, si la tramitación que se ha seguido para la aprobación de la ley reúne las características consideradas como adecuadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se refuerza la presunción de que la actividad del legislador resulta compatible con el Convenio, se amplía el margen de apreciación nacional. Cuanta más calidad tiene el proceso legislativo, más margen de apreciación se admite por el Tribunal. Sobre esta cuestión de la calidad democrática, en relación con la tramitación parlamentaria de la ley, se ha pronunciado el Tribunal en otras sentencias como *Hirst c. Reino Unido* (No 2), Gran Sala, de 6 de octubre 2005, ap. 79. También en *Maurice c. Francia*, de 6 de octubre 2005, aps. 121, 123-124. Posteriormente se ha reiterado la jurisprudencia en otras sentencias como *Evans c. Reino Unido*, de 10 de abril de 2007. Y es importante recordar que el margen de apreciación nacional, en cuanto a la eutanasia se refiere, cobra una especial relevancia, dado que el Tribunal Europeo no ha admitido que del Convenio se deduzca una suerte de derecho a morir, sin perjuicio de la posibilidad de que los Estados miembros puedan admitir en sus ordenamientos la eutanasia, pero siempre al amparo de aquel margen.

A la luz de los cánones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la tramitación normativa de esta Ley Orgánica no parece que responda a los estándares mínimos de calidad exigidos, constatándose un claro déficit de democracia material en la tramitación de la norma, y vulnerándose el principio de Estado democrático en su dimensión más material.

Y resulta de interés recuperar las palabras pronunciadas no hace mucho por el profesor Astarloa Huarte-Mendicoa, el cual, en su discurso de ingreso como académico de número en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación bajo el título de «La vocación de nuestro tiempo por la legislación y los retos para el legislador», señalaba que los principios de buena regulación que incorpora a nuestro ordenamiento jurídico el artículo 129 de la Ley 39/2015, son aplicables tanto a las iniciativas del Gobierno como

del Parlamento. Interpretar que solo lo son respecto de las primeras no es coherente con los fines de tales principios de calidad, porque una vez asumidos tanto por el Derecho de la Unión Europea como por el nacional, forman ya parte del acervo cultural de lo que debe exigirse a cualquier norma y especialmente a la norma superior que es la ley[7].

Por otro lado, y en relación con la exigencia de calidad a la que hace referencia la doctrina europea, no deja de sorprender la mención reiterada a la falta de competencia del Tribunal Constitucional para enjuiciar las normas desde la perspectiva de su calidad, cuando tal calidad conecta directamente con la seguridad jurídica y, por tanto, con la garantía prescrita expresamente en el artículo 9.3 CE.

Cierto es que el Tribunal Constitucional ha asumido habitualmente una versión formal de la técnica legislativa, sin exigir una calidad material a las leyes que son objeto de enjuiciamiento, no habiendo sido la técnica legislativa motivo suficiente para motivar una declaración de inconstitucionalidad. Sin embargo, tal discutible tendencia por la posible dejación de los efectos jurídicos que debería de operar el principio de seguridad jurídica consagrado en el precitado artículo 9.3 , encuentra una excepción en el ámbito sancionador y penal, en el que la calidad de la norma debe permitir al individuo acomodar su conducta al tipo (véase, STC 150/1990). Y en el caso del que se ocupa la Sentencia que comentamos las precauciones del Tribunal no debieron de operar porque la propia Ley tiene un contenido eminentemente penal, y no solo prestacional, en la medida que su objetivo principal es despenalizar el tipo privilegiado del homicidio compasivo (artículo 143 CP), no solo por la expresa previsión contenida en la disposición final primera de la Ley Orgánica que modifica el apartado 4 y se añade un apartado 5 al artículo 143 CP, sino por el tenor literal de su Preámbulo que explica que “la presente Ley regula y despenaliza la eutanasia en determinados supuestos”.

Por tanto, la renuncia a la evaluación de la calidad de la norma supone una renuncia expresa al propio artículo 9.3 CE. No ha habido evaluación de calidad ex ante ni ex post por el Tribunal. En todo caso, pese a tal proclamación *ab initio* del Tribunal, éste sí entra, a lo largo de varios de los fundamentos de derecho de la Sentencia, a valorar si los supuestos que permiten ejercer el derecho a la eutanasia son definidos claramente y quedan sujetos a garantías suficientes que salvaguarden la absoluta libertad de la decisión, descartando presión externa de cualquier índole, como rotundamente proclama el mencionado Preámbulo.

Sin embargo, es en el análisis de dicha calidad regulatoria en la que se produce una contradicción por parte de la mayoría que ha emitido el fallo, ya que pese a que se rechaza de plano su evaluación constitucional al inicio de la fundamentación jurídica de

[7] ASTARLOA HUARTE-MENDICOA, I., “La vocación de nuestro tiempo por la legislación y los retos para el legislador”, Discurso leído el 23 de noviembre de 2020, pp. 259 a 265.

la Sentencia, posteriormente, ante la invocación por parte de los recurrentes de diferentes déficits en la regulación de alguna de las presuntas garantías de la Ley Orgánica, sí entra el Pleno a efectuar tal valoración, aunque con algún argumento ciertamente singular. Así, por ejemplo, se admite el "lenguaje algo errático del que se sirve la LORE", pero se consideran "Anfibologías no insuperables y que en nada afectan, conforme a lo que el Tribunal tiene declarado de antiguo, a la validez de estas previsiones legales", ya que "El Tribunal es consciente de que los métodos habituales de interpretación de la ley ofrecen al jurista criterios técnicos para otorgar sentido y sistematizar los textos y enunciados normativos cuestionados por los recurrentes".

O cuando manifiesta que "la inicial ambigüedad del párrafo cuarto del artículo 18 a) no impone al intérprete entender que el requerimiento a la dirección del centro para que «facilite la prestación solicitada» equivale, sin más, a una exigencia de su «realización» (art. 11) en el exiguo plazo de siete días. La equivocidad en este punto del precepto -debida, en buena parte, a su ubicación- puede y debe ser despejada mediante el recurso a aquella interpretación sistemática que armonice el enunciado con el conjunto del cuerpo legal en que se integra, salvaguardando así la coherencia entre el sentido y articulación general de la LORE y esta específica norma".

Se reconoce, por tanto, falta de claridad en alguno de los conceptos y garantías de la Ley recurrida, pero se considera que ello pueda subsanarse a partir de las herramientas de interpretación que ofrece el Derecho, cuando, precisamente, el Tribunal declara que, conforme a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, lo relevante es que la despenalización de la eutanasia se acompañe de un sistema de garantías suficientemente preciso en sus prescripciones y no sujeto a posterior interpretación casuística.

En definitiva, si los derechos, como expresara María Eugenia Rodríguez Palop en el prólogo al libro de Michael Sandel, *Contra la perfección*, deben ser puentes para el diálogo que se oriente a la conformación y el fortalecimiento de una identidad común y al mantenimiento de las relaciones que consideramos buenas, teniendo una importancia capital para la sociedad, pero no porque capaciten a las personas para la consecución de sus propios fines, sino porque hacen posible la comunicación social y el debate en una vida democrática[8], la tramitación de esta Ley Orgánica ha sido ejemplo paradigmático de todo lo contrario.

---

[8] SANDEL, M., *Contra la perfección: La ética en la era de la ingeniería genética*, Marbot Ediciones, Barcelona, 2016, pp. 25 y 26.

3. LA CONSTITUCIÓN COMO TEXTO ABIERTO Y VIVO ¿CONSOLIDACIÓN DE LA DOCTRINA DEL *LIVING TREE* O MERA *DECORACIÓN CONSTITUCIONAL*?

La Sentencia 19/2023 inaugura sus argumentos jurídicos, antes de entrar en el análisis de las tachas formales y materiales invocadas por los recurrentes, a través de lo que denomina, literalmente, "elemental recordatorio" para explicar sucintamente la función que le corresponde desempeñar al Tribunal en el marco de los límites de la jurisdicción constitucional frente al legislador[9].

Así, para el Tribunal, debe partirse de la premisa constitucional de que la norma fundamental ofrece cobertura a plurales "opciones políticas" y "de muy diferente signo", siempre que no la contradigan, gozando el legislador de un espacio de libertad dentro del marco que el texto constitucional ofrece. Y nos recuerda que la Constitución no es un programa cerrado, sino un texto abierto, un marco de coincidencias suficientemente amplio, como corresponde a un ordenamiento constitucional que consagra como uno de sus valores superiores el pluralismo político.

Por ello, la labor de interpretación de la Constitución no consiste necesariamente en cerrar el paso a las opciones o variantes imponiendo autoritariamente una de ellas, conclusión ésta a la que solamente podrá llegarse, considera el Tribunal, cuando el carácter unívoco de la interpretación se imponga por el juego de los criterios hermenéuticos.

La función del máxime intérprete de la Constitución consiste, pues, en fijar los límites dentro de los cuales puede moverse libremente el legislador al convertir en ley sus opciones políticas, plasmar sus preferencias ideológicas y sus juicios de oportunidad, no correspondiendo a aquél evaluar la conveniencia, calidad o perfectibilidad de una determinada opción legislativa, o de su relación con otras alternativas posibles.

Y sobre dicha función de control limitada vuelve más adelante el Tribunal cuando señala que "compete a este tribunal controlar la conformidad con la Constitución de la concreta opción adoptada por el legislador al regular la eutanasia activa directa". Y "debido al específico encuadramiento constitucional de esta materia, tal operación ha de realizarse, por lo que a la tutela de la vida se refiere, a través de un examen de proporcionalidad entendido no en el sentido clásico de prohibición del exceso", "sino en su manifestación como prohibición del defecto, esto es, como proscripción de la inexistente o insuficiente protección. Tal déficit existiría si el legislador no hubiese adoptado medida de protección alguna, si las medidas adoptadas fuesen manifiestamente inadecuadas para alcanzar el objetivo de protección requerido o si no

[9] Estas cuestiones no son abordadas expresamente en la posterior Sentencia 94/2023, sino que el Tribunal se remite a lo recogido en la dictada en marzo.

fuesen suficientes para proporcionar el nivel de protección exigido por la Constitución". Al Tribunal no le corresponde, pues, "analizar si pudieran existir otros sistemas más eficaces de protección de la vida (que, por lo demás, incidirían de forma mayor en el derecho fundamental a la autodeterminación respecto de la propia muerte en contextos eutanásicos, incidencia que sí habría de medirse a la luz del principio de proporcionalidad entendido como prohibición del exceso), sino solo dilucidar si el sistema previsto en la LORE cumple con unos mínimos de protección razonables".

A continuación, el Tribunal conecta tal fórmula de control moderado, casi limitada a fijar fundamentalmente los límites, con la exigencia de una interpretación acorde con la evolución cultural, moral y jurídica de la sociedad española y del entorno. La conjunción de ambos criterios hermenéuticos determina que debe partirse de la premisa de que el legislador goza de un amplio poder regulatorio que, a los efectos de determinar si ha traspasado los límites que fija el marco constitucional, debe valorarse en qué medida tal opción normativa responde a una interpretación conforme con la posición de la mayoría de la sociedad. El Tribunal, pues, rechaza un criterio interpretativo sustancialmente originalista, basado en la presunta voluntad de los padres constituyentes, expresada en los trabajos parlamentarios de elaboración del texto constitucional.

El criterio originalista fue ya abandonado por el Tribunal desde sus propios inicios. Valga, por todas, la conocida Sentencia 148/2021 sobre el estado de alarma decretado al inicio de la pandemia de la Covid-19, en la que se declara, literalmente, que, conforme a la condición de intérprete supremo de la Constitución que le atribuye el artículo 1 de su Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, al Tribunal le compete dotar a las normas de un contenido que permita leer el texto constitucional a la luz de los problemas contemporáneos, y de las exigencias a que debe dar respuesta la norma fundamental del ordenamiento jurídico a riesgo, en caso contrario, de convertirse en letra muerta.

Sin embargo, en dicha resolución, dictada menos de dos años antes de la Sentencia sobre la eutanasia, se recordaba que, si bien la necesidad de una interpretación evolutiva de la norma fundamental exigía acomodar la misma a las realidades de la vida, como medio para asegurar su propia relevancia y legitimidad, no bastando una interpretación originalista de los textos jurídicos, ello no puede significar otorgar fuerza normativa directa a lo fáctico. Y la pregunta es, entonces, ¿ha abandonado ahora el Tribunal un criterio interpretativo integrador del texto constitucional, de manera que la interpretación concreta de un precepto guarde coherencia con el resto del articulado? La respuesta sería, en principio, no, porque se manifiesta en la Sentencia que el Tribunal está obligado a interpretar los derechos, principios y valores concernidos tomando en consideración el principio de unidad de la Constitución, criterio hermenéutico que

manifiesta la relación e interdependencia de los distintos elementos del texto constitucional y que exige interpretarlo como un todo armónico.

De este modo, puede afirmarse que la interpretación puramente sociológica, otorgando fuerza normativa a una realidad social no constituye, en palabras del Tribunal, el criterio único o preferente, sino un criterio cualificado junto al criterio integrador o de coherencia del texto constitucional. El criterio sociológico cobra, nuevamente, relevancia, como ocurriera en el caso del análisis constitucional de la regulación del matrimonio entre personas del mismo sexo, pero no se convierte en un criterio excluyente de otros, como el sistemático.

Tal recurso al criterio sociológico se apoya en la invocación de la doctrina constitucional foránea del *árbol vivo*, como se hiciera igualmente en el precitado caso del matrimonio entre personas del mismo sexo, aunque en ésta el objeto de discusión no fue, en sí, un derecho, como ocurre en el caso de la Sentencia ahora objeto principal de análisis, sino en una institución, el matrimonio, y la correspondiente garantía institucional que exige la preservación por el legislador y por el propio Tribunal Constitucional de unos mínimos rasgos o características que no desnaturalicen dicha institución. En el caso de la Sentencia sobre la eutanasia se evalúa el presunto parecer de la sociedad sobre la despenalización de la eutanasia, es decir, sobre el significado contemporáneo del derecho a la vida.

Los términos en los que se expresa la Sentencia de la eutanasia son los siguientes: “la interpretación de la Constitución ha de atender al concreto contexto histórico en que se realiza. El Tribunal ha señalado al respecto, con apoyo en la sentencia del Tribunal Supremo de Canadá de 9 de diciembre de 2004 que retoma la expresión de la sentencia *Privy Council, Edwards c. Attorney General for Canada* de 1930, que nuestro examen ha de partir del dato de que «la Constitución es un "árbol vivo" [...] que, a través de una interpretación evolutiva, se acomoda a las realidades de la vida moderna como medio para asegurar su propia relevancia y legitimidad, y no solo porque se trate de un texto cuyos grandes principios son de aplicación a supuestos que sus redactores no imaginaron, sino también porque los poderes públicos, y particularmente el legislador, van actualizando esos principios paulatinamente y porque el Tribunal Constitucional, cuando controla el ajuste constitucional de esas actualizaciones, dota a las normas de un contenido que permita leer el texto constitucional a la luz de los problemas contemporáneos, y de las exigencias de la sociedad actual a que debe dar respuesta la norma fundamental del ordenamiento jurídico a riesgo, en caso contrario, de convertirse en letra muerta» (STC 198/2012, de 6 de noviembre, FJ 9). Desde esta perspectiva ha de tenerse en cuenta que, por más que esta sea la primera vez que el Tribunal se ve

llamado a abordar el problema de la eutanasia, no es en sí una cuestión nueva, porque constituye un dilema universal".

Por tanto, el Tribunal Constitucional recurre, como ya hiciera en la Sentencia sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo, a la doctrina del *árbol vivo*, tratando, de este modo, de argumentar que la Constitución no debe interpretarse de acuerdo con su tenor literal o conforme a la voluntad de los *padres redactores* del texto, sino como un texto abierto, vivo, que acompaña en su interpretación a la evolución que sobre determinadas instituciones o cuestiones objeto de debate se observe en la sociedad española.

Quizás el Tribunal haya considerado que la mera mención a su anterior Sentencia 198/2012, permite entender que la doctrina ahí expresada es de aplicación al caso concreto que le ocupa, lo que presenta la objeción de que, si bien, en ésta se evalúa la evolución de un derecho, el de la protección de la vida proclamado en el artículo 15 CE, mientras que en la anterior resolución es una institución, el matrimonio, y, aunque los conceptos de contenido esencial y garantía institucional incorporan elementos similares, no son idénticos.

Sin embargo, resulta interesante comprobar con la lectura de la resolución constitucional que la mención a dicha doctrina se haga de manera, casi incidental, no nuclear, a diferencia de lo que se plasma en el caso del matrimonio entre personas del mismo sexo. La parquedad en el recurso a la doctrina del *árbol vivo* contrasta con la amplia argumentación con la que se acoge la misma en el caso del matrimonio homosexual. En ésta, tal recurso interpretativo de la doctrina del *árbol vivo* cobró muy especial relevancia, afirmándose que "esa lectura evolutiva de la Constitución, que se proyecta en especial a la categoría de la garantía institucional, nos lleva a desarrollar la noción de cultura jurídica, que hace pensar en el Derecho como un fenómeno social vinculado a la realidad en que se desarrolla", de manera que "la cultura jurídica no se construye sólo desde la interpretación literal, sistemática u originalista de los textos jurídicos, sino que también contribuyen a su configuración la observación de la realidad social jurídicamente relevante", aunque reconociendo que ello no significa "otorgar fuerza normativa directa a lo fáctico". Y tal "camino de entrada de parte de estos elementos conformadores de la cultura jurídica, que por lo demás se alimentan e influyen mutuamente, viene dado por el recurso a un principio fundamental de la interpretación de la Constitución, que es el dispuesto en el art. 10.2 CE".

Y para el Tribunal del matrimonio homosexual, "la interpretación evolutiva … facilita la respuesta a la cuestión de si el matrimonio, tal y como resulta de la regulación impugnada, sigue siendo reconocible en el contexto sociojurídico actual como tal matrimonio. Tras las reformas introducidas en el Código civil por la Ley 13/2005, de 1 de julio, la institución matrimonial se mantiene en términos perfectamente reconocibles para

la imagen que, tras una evidente evolución, tenemos en la sociedad española actual del matrimonio, como comunidad de afecto que genera un vínculo, o sociedad de ayuda mutua entre dos personas que poseen idéntica posición en el seno de esta institución, y que voluntariamente deciden unirse en un proyecto de vida familiar común, prestando su consentimiento respecto de los derechos y deberes que conforman la institución y manifestándolo expresamente mediante las formalidades establecidas en el ordenamiento. Así, la igualdad de los cónyuges, la libre voluntad de contraer matrimonio con la persona de la propia elección y la manifestación de esa voluntad son las notas esenciales del matrimonio, presentes ya en el Código civil antes de la reforma del año 2005, y que siguen reconociéndose en la nueva institución diseñada por el legislador".

Para el Tribunal, no se "puede permanecer ajeno a la realidad social y hoy existen datos cuantitativos contenidos en estadísticas oficiales, que confirman que en España existe una amplia aceptación social del matrimonio entre parejas del mismo sexo, al tiempo que estas parejas han ejercitado su derecho a contraer matrimonio desde el año 2005", lo que viene corroborado "en diversas encuestas. En el barómetro de junio de 2004 (estudio núm. 2.568) se refleja que el 66,2 por 100 de los encuestados creía que las parejas homosexuales debían tener derecho a contraer matrimonio, mientras que en el estudio relativo a «opiniones y actitudes sobre la familia» (núm. 2578) realizado durante los meses de octubre y noviembre de 2004, se recoge que el 56,9 por 100 de los encuestados estaban a favor de permitir el matrimonio civil para las parejas del mismo sexo", situándose, además, España entre los países en los que hay mayor aceptación "(56 por 100), lo que supone un acercamiento de la opinión pública, en este punto, a países del norte de Europa y un apartamiento, tal y como observa la propia Comisión Europea, de la tendencia de los países del sur y el este del continente, mayoritariamente situados por debajo de la media europea en nivel de aceptación".

Y concluye el Tribunal que "la Ley 13/2005, dentro del amplio margen concedido por el art. 32 CE tal y como ha sido interpretado hasta aquí, desarrolla la institución del matrimonio conforme a nuestra cultura jurídica, sin hacerla en absoluto irreconocible para la imagen que de la institución se tiene en la sociedad española contemporánea".

Las razones que provocan dicho cambio no son otras que la evolución social de las relaciones afectivas y, por tanto, de la propia institución del matrimonio, dando entrada de este modo a la interpretación, no ya del derecho subjetivo de las personas del mismo sexo a contraer matrimonio, sino de la propia garantía institucional que la Constitución recoge en el artículo 32 respecto del matrimonio. La Sentencia 198/2012 acude, a los efectos de interpretar el citado artículo 32 , a dicha doctrina canadiense.

A través de una interpretación evolutiva, la Constitución se acomoda a las realidades de la vida moderna como medio para asegurar su propia relevancia y

legitimidad, y no sólo porque se trate de un texto cuyos grandes principios son de aplicación a supuestos que sus redactores no imaginaron, sino también porque los poderes públicos, y particularmente el legislador, van actualizando esos principios paulatinamente y porque el Tribunal Constitucional, cuando controla el ajuste constitucional de esas actualizaciones, dota a las normas de un contenido que permita leer el texto constitucional a la luz de los problemas contemporáneos, y de las exigencias de la sociedad actual a que debe dar respuesta la norma fundamental del ordenamiento jurídico a riesgo, en caso contrario, de convertirse en letra muerta.

Esta extensa argumentación a favor del derecho a que las personas del mismo sexo puedan contraer matrimonio basado en el carácter abierto del texto constitucional, como un verdadero *árbol vivo* que queda vinculado a la realidad en que se desarrolla y que, por tanto, debe atender a los cambios que se producen en la sociedad no la encontramos en la Sentencia sobre la eutanasia, siendo, por tanto, la referencia a la cultura jurídica que determinaría una apertura del texto constitucional, un mero fundamento a mayor abundamiento y no principal.

Podría argumentarse, para justificar este contraste entre el recurso excelso al *árbol vivo* en el matrimonio homosexual frente al parco en la eutanasia, a que la propia doctrina del *árbol vivo* se ha visto sustancialmente alterada por la reciente Sentencia de la Corte Constitucional de los Estados Unidos de América en el caso *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization et al*, de 24 de junio de 2022, en virtud de la cual, se revocaba jurisprudencialmente la doctrina contenida, entre otras, en *Roe v. Wade* que se abría a una interpretación viva del texto constitucional en lo que se refiere al derecho a la vida (véase, en dicho caso, inicio de la vida, aborto). Sin embargo, tal argumento se muestra bastante endeble si atendemos a que el Tribunal, ni en 2012 ni ahora en 2023, ha acudido a la versión norteamericana del *living constitution*, con la que aparece acabar recientemente la citada Corte Suprema norteamericana, sino a la versión canadiense del *árbol vivo*. Ambas, no podemos negar que guarden conexión o mutua influencia, ya que enlazan a través del concepto de *privacy*[10], pero también es verdad que parten de unos orígenes diferentes, de manera que cabría sostener que la invocación del *árbol vivo* no debe verse afectada por las consecuencias constitucionales de *Dobbs* en un Estado como el canadiense en el que la tal jurisprudencia no tiene efectos directos, aunque la cercanía territorial y las conexiones culturales y sociales no descartan su influencia mediata.

[10] Vid. VIDAL GIL, E.J., "Bioética y Derecho: principios y reglas en el final de la vida", en ARCOS VIEIRA, M.L., *Autonomía del paciente e intereses de terceros: límites*, Aranzadi, Cizur Menor, 2016, p. 355.

Las razones sean, probablemente, otras. En primer lugar, la doctrina del *árbol vivo* reviste cierta relevancia en lo que se refiere al debate constitucional sobre el derecho a contraer matrimonio por parte de las personas del mismo sexo, ya que, precisamente, el Tribunal canadiense recurrió en su Sentencia de 9 de diciembre de 2004 (*Reference Re Same-Sex Marriage*) a dicha doctrina para proclamar la constitucionalidad del matrimonio entre parejas del mismo sexo. En palabras de dicho Tribunal que reproduce nuestra Abogacía del Estado en 2012, la Constitución es un *árbol vivo* que a través de una interpretación evolutiva se acomoda a las realidades de la vida moderna como medio para asegurar su propia relevancia y legitimidad.

Sin embargo, la doctrina del *árbol vivo* no es mencionada en el caso canadiense sobre la constitucionalidad del auxilio al suicidio. En *Carter v. Canada*, 2015, el Tribunal declaró que la prohibición penal del auxilio al suicidio provoca, de facto, una desprotección del derecho a la vida, dado que las personas que sufren una enfermedad grave e irreversible solamente tienen dos opciones, bien quitarse la vida prematuramente por medios violentos, o bien sufrir hasta la que la muerte llegue naturalmente[11].

Así pues, si bien el recurso al *árbol vivo* en el matrimonio homosexual permitía, por ende, invocar un caso de Derecho comparado en el que ya se había enjuiciado su constitucionalidad, con la eutanasia no ocurría lo mismo, ya que el Tribunal canadiense no proclama una suerte de derecho a que la persona pueda exigir del Estado que acabe con su vida en un contexto de enfermedad y grave sufrimiento amparado en una interpretación viva del texto constitucional, sino que denunciaba la falta de congruencia y reprochabilidad de la prohibición legal del auxilio al suicidio que ni siquiera cumplía con los fines de protección del derecho a la vida.

En segundo lugar, las razones de esta parquedad responden, creemos, a que en la Sentencia sobre el matrimonio homosexual el Tribunal se enfrentaba a la no fácil tarea de contradecir lo ya dicho anteriormente en su doctrina. Así es, el propio Tribunal había declarado, unos años antes, lo contrario a lo que viene a disponer en 2012, especialmente, en su Sentencia 222/1994 . En ésta, el recurso versaba sobre la presunta vulneración del derecho a la igualdad del recurrente al negársele el derecho a percibir pensión de viudedad e indemnización por el fallecimiento en accidente de su pareja homosexual, por no concurrir el matrimonio previo que constituye un requisito legal para obtener la prestación. Señalaba entonces el Tribunal, en relación al matrimonio, que la unión entre personas del mismo sexo biológico no es una institución jurídicamente regulada, ni existe un derecho constitucional a su establecimiento; todo lo contrario al

[11] Sobre esta resolución canadiense, véase, PRESNO LINERA, M.A., "La eutanasia como derecho fundamental", *Teoría y Derecho*, núm. 29, año 2021, pp. 24 a 45; SÁNCHEZ BARROSO, B., "La eutanasia y el suicidio asistido en Canadá", en DE LA TORRE, J. y MARCOS, A.M., *Y de nuevo la eutanasia. Una mirada nacional e internacional*, Dykinson, Madrid, 2019, pp. 133 a 149.

matrimonio entre hombre y mujer que es un derecho constitucional que genera por lo previsto en la ley una pluralidad de derechos y deberes. Y similar doctrina se había recogido antes en la anterior Sentencia 184/1990, en la que se señaló que de la Constitución no se deriva necesariamente una paridad de trato en todos los aspectos y en todos los órdenes de las uniones matrimoniales y no matrimoniales, no siendo necesariamente incompatibles con la Constitución aquellas medidas de los poderes públicos que otorguen un trato distinto y más favorable a la unidad familiar basada en el matrimonio que a otras unidades de convivencia, ni aquellas otras medidas que faciliten o favorezcan el ejercicio del derecho constitucional a contraer matrimonio. Ello, pues, exigía al Pleno argumentar, a través de la doctrina del *árbol vivo,* un cambio social en la interpretación del matrimonio como institución garantizada constitucionalmente.

En el caso de la eutanasia, el Tribunal no se ha enfrentado a su propia doctrina anterior, ya que nunca se ha pronunciado directamente sobre el contenido negativo del derecho a la vida proclamado en el artículo 15 CE, aunque sí lo haya hecho a través de los casos que ha abordado sobre el rechazo al tratamiento médico, en un sentido más próximo al *obiter dicta* que al *ratio decidendi*. No existían precedentes en nuestra doctrina constitucional, más allá del Auto 242/1998, por el que se deniega a los herederos de Ramón Sampedro la legitimación para continuar con el recurso de amparo interpuesto contra decisión judicial que no autorizaba al médico a aplicar un tratamiento que permitiera una muerte digna, una vez fallecido el recurrente en amparo[12], y de algunas resoluciones sobre la voluntariedad del tratamiento médico (SSTC 120/1990 , 154/2002 o 37/2011 , especialmente).

4. LA CONSTITUCIÓN SE ABRE A LA EUTANASIA A TRAVÉS DE LA EVOLUCIÓN NORMATIVA

Otra diferencia sustancial que puede observarse entre el recurso a la doctrina del *árbol vivo* en la Sentencia sobre el matrimonio homosexual y en la de la eutanasia la encontramos en el hecho de que el Tribunal no recurre en ésta última a los datos sociológicos, a través de encuestas o estadísticas, como ya hemos visto que hizo en 2012. La proclamación del derecho a la eutanasia no se vendrá a fundamentar ahora en

[12] También, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos inadmitió la demanda presentada en relación con dicho Auto en Sanles Sanles c. España, 26 de octubre de 2000, ya que la demandante no había sido directamente afectada por las presuntas infracciones del Convenio que se invocaban y que, por lo tanto, no podía pretender ser víctima de esas violaciones. Ya antes, el mismo Tribunal Europeo había rechazado el recurso planteado por el propio Ramón Sampedro, en Ramón Sampedro c. España, de 17 de mayo de 1995, sobre la base de que el demandante no había agotado en la instancia nacional, antes de acudir a Estrasburgo, los recursos que le correspondían de conformidad con la legislación española, incumpliéndose lo dispuesto en el artículo 26 del Convenio Europeo, acordándose la inadmisión de conformidad con el artículo 27.3 del mismo Convenio.

una evolución del parecer de la sociedad española sobre este viejo debate del bien morir, sino en la evolución del propio ordenamiento jurídico. La mención a una presunta demanda social que vendría ahora a exigir una forma distinta de interpretar el derecho a la vida proclamado en el artículo 15 CE no aparece en el texto de la Sentencia. El Tribunal traslada, parcamente, la doctrina del *árbol vivo* al debate relativo a la constitucionalidad de la proclamación de un derecho a la ayuda para morir, concluyendo que tiene pleno encaje constitucional, en cuanto que conecta con una evolución normativa favorable a su reconocimiento, tanto en el ordenamiento jurídico español como en el de los países de nuestro entorno, véase, principalmente, en el marco del Consejo de Europa.

Pese a la cita del *árbol vivo*, el Tribunal recurre a un criterio de interpretación de los cambios en la evolución del parecer sobre el debate de despenalización de la eutanasia fundamentado, no en encuestas o estudios de opinión pública, es decir, en un criterio más puramente sociológico o estadístico, sino en uno esencialmente normativo, a través del análisis de la evolución que el presunto derecho a la muerte ha tenido en estos últimos años, a través de unos cambios trascendentes que el Tribunal dice observar en el propio legislador democrático y no tanto en la sociedad.

Tales cambios normativos los observa también el Tribunal del matrimonio homosexual, pero en el marco del Derecho comparado y no del Derecho interno. En ésta, como ya hemos comentado antes, se reiteran las menciones a la realidad social y los datos cuantitativos contenidos en estadísticas oficiales.

El Tribunal, haciendo omisión de la mención a la opinión pública, recurre a la presunta evolución del propio legislador, destacando lo que denomina tres importantes “hitos” en el plano legislativo nacional que informarían, presuntamente, a favor de una interpretación en pro del reconocimiento constitucional del derecho a la ayuda a morir:

En primer lugar, la reforma del Código penal en 1995, que, en palabras del Tribunal, supuso un cambio notable en el tratamiento de la disponibilidad de la propia vida, al castigar exclusivamente, y como tipo atenuado en su art. 143.4 , la conducta del que causare o cooperare activamente con actos necesarios y directos a la muerte de otro, por su petición expresa, seria e inequívoca, en el caso de que sufriera una enfermedad grave que conduciría necesariamente a su muerte o que produjera graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar.

Además, se despenalizaban otras conductas, como la interrupción de tratamientos destinados a mantener la vida (así, la retirada de medidas de soporte vital) y la aplicación de tratamientos paliativos que aceleraban el proceso de la muerte (como la sedación terminal). Lo que permitió, en palabras del Tribunal, comenzar a hablar en nuestro

sistema de muerte digna y de un espacio de libre decisión de la persona en el proceso de conclusión de la vida.

Este cambio de la normativa penal no informa necesariamente a favor de la proclamación de un nuevo derecho, sino de, quizás, un tratamiento aún más benevolente del tipo penal que aborda la eutanasia o, incluso, de la aprobación de una eximente absoluta por la no exigibilidad de una conducta distinta en determinados casos concretos. Por ello, el Tribunal completa este "hito" con otros más. En todo caso, no es óbice recordar que lo que el artículo 143.4 del Código Penal, en su redacción previa a la Ley Orgánica 3/2021, recogía un tipo muy privilegiado que venía a traducirse en una pena de seis meses como mínimo a seis años menos un día, como máximo (el delito de homicidio, por ejemplo, que se castiga en el anterior artículo 138 CP con una pena de diez a quince años e, incluso, superior en grado cuando concurra en su comisión que la víctima sea menor de dieciséis años de edad, o se trate de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad, que el hecho fuera subsiguiente a un delito contra la libertad sexual que el autor hubiera cometido sobre la víctima, que se hubiera cometido por quien perteneciere a un grupo u organización criminal o cuando los hechos sean además constitutivos de un delito de atentado del artículo 550).

Por ello, un sector de la doctrina vino manteniendo que el citado artículo 143.4 del Código Penal lo que realmente prohibía era, no tanto la eutanasia o auxilio médico al suicidio como acto singular e individual, sino la repetición del acto, es decir, la eutanasia y/o auxilio al suicidio institucionalizados. Ello operaría, sustancialmente, como expresión simbólica de que nuestro ordenamiento constitucional protege la vida como valor esencial, es decir, prohíbe con carácter general matar, pero también se muestra compasiva con determinados casos muy singulares. La prohibición penal reviste un intenso significado simbólico, reflejando la gravedad con la que se mira la decisión de quitarse la vida o de privarla a otro y la renuencia a aceptar o promover tales decisiones. La despenalización supondría un cambio de actitudes ante estas conductas y el sentido de precaución y gravedad actual se irían perdiendo naturalmente entre la ciudadanía y la profesión sanitaria[13].

Como expresara el Comité de Bioética de España en 2020, en relación con la regulación penal de la eutanasia contenida en el Código Penal previo a la Ley Orgánica

[13] REY MARTÍNEZ, F., *Eutanasia y derechos fundamentales*, CEPC, Madrid, 2008, p. 180. En palabras del del Comité Consultivo Nacional de Ética sobre la salud y las ciencias de la vida de Francia (Comité Consultatif National d´Ethique) en su Opinión núm. 122, sobre el final de la vida, la autonomía personal y el deseo de morir, de 30 de junio de 2013, la prohibición de matar que se expresa en la prohibición de la eutanasia y/o auxilio al suicidio constituye un componente de la confianza que cada uno de nosotros puede depositar en la sociedad y, por lo tanto, es muy importante para nuestra fe colectiva en la sociedad.

3/2021 , no es que el ordenamiento jurídico tenga despenalizado *de facto* tales actos, sino que atiende al contexto concreto en el que se han llevado a cabo. Es decir, el ordenamiento jurídico cumpliría con la doble función de proteger la vida, como valor esencial de una comunidad política, y de atender con compasión y prudencia los pocos casos singulares que se plantean en la realidad[14].

Un segundo hito proclive al reconocimiento del derecho a la eutanasia lo encuentra el Tribunal Constitucional en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica , posterior al Convenio del Consejo de Europa para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina (Convenio de Oviedo, de 4 de abril de 1997, ratificado por España el 23 de julio de 1999). Estas normas vinieron a instaurar, en palabras del Tribunal, un nuevo modelo en la relación entre médico y paciente que descansaba sobre la autonomía de la persona y su facultad de autodeterminación, al declararse nuevos derechos los de «decidir libremente, después de recibir la información adecuada, entre las opciones clínicas disponibles» y «negarse al tratamiento». La capacidad del paciente para decidir sobre medidas terapéuticas y tratamientos no se condicionaba por el riesgo que pudiera representar para su integridad y su salud, aunque llegara a comprometer la vida e implicara su fallecimiento, lo que suponía el reconocimiento legal de un derecho de autodeterminación sobre la salud y el cuerpo, anclado por nuestra doctrina en el derecho fundamental a la integridad física y moral del art. 15 CE.

Para el Tribunal, dicha proclamación del derecho a rechazar el tratamiento médico opera como una suerte de aval (sic!) que excluye la pretendida protección irrestricta de la vida no solo en términos lógicos, sino también en términos de delimitación del derecho fundamental, y que supone la admisión de una cierta disponibilidad de la vida vinculada a la autonomía de la persona.

El tercer hito deriva de la legislación autonómica. Varios estatutos de autonomía, a partir del de Cataluña de 2006, han incluido derechos relacionados con el proceso de la muerte. Este, en su art. 20 señala que «[t]odas las personas tienen derecho a recibir un adecuado tratamiento del dolor y cuidados paliativos integrales y a vivir con dignidad el proceso de su muerte». En el mismo sentido pueden citarse los de Baleares, Andalucía, Canarias o Castilla y León. En esta línea de regulación de la libre decisión de la persona

[14] Comité de Bioética de España, *Informe sobre el final de la vida y la atención en el proceso de morir, en el marco del debate sobre la regulación de la eutanasia: propuestas para la reflexión y la deliberación*, 6 de octubre de 2020, p. 11. Puede accederse a dicho Informe a través del siguiente enlace: http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/Informe%20CBE%20final%20vida%20y%20la%20atencion%20en%20el%20proceso%20de%20morir.pdf.

sobre su salud y sobre aspectos vinculados con el final de la vida, diferentes parlamentos autonómicos han aprobado leyes de «muerte digna». La primera fue la Ley del Parlamento de Andalucía 2/2010, de 8 de abril, de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de la muerte; y, posteriormente, Aragón, Navarra, Canarias, Baleares, Galicia, País Vasco, Madrid y otras comunidades autónomas han establecido también marcos regulatorios sobre la materia.

Esta evolución legislativa se ha visto acompañada por el desarrollo de la doctrina constitucional sobre el derecho fundamental a la integridad física y moral, contemplado junto con el derecho a la vida en el art. 15 CE, que lo caracteriza como un derecho de autodeterminación que tiene por objeto el propio sustrato corporal (STC 154/2002, de 18 de julio, FJ 9). Nuestra jurisprudencia, dicho ahora muy sintéticamente, sitúa como elemento definitorio de la intromisión en el derecho la ausencia de consentimiento del titular respecto de cualquier intervención (por todas, SSTC 120/1990, de 27 de junio, FJ 8 , y 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 2), aun teniendo una finalidad curativa (SSTC 48/1996, de 25 de marzo, FJ 3 , y 154/2002, de 18 de julio, FJ 9), hasta el punto de amparar como ejercicio del derecho a la integridad personal del paciente el rechazo de tratamientos médicos que pueda conducir a un resultado fatal (STC 37/2011, de 28 de marzo, FJ 5).

Esta argumentación del Tribunal, sustancial en este caso concreto para justificar la evolución de la regulación jurídica de la voluntariedad del tratamiento y del propio proceso de morir, sin dejar de ser sugerente, constituye, en nuestra opinión, el principal error en que se incurre en pos de justificar el encaje constitucional del derecho a la eutanasia en nuestro ordenamiento constitucional. Y decimos que se trata de un error argumentativo, incluso, de bulto, porque parte de la confusión entre el rechazo del tratamiento médico y la petición de que un tercero acabe con la vida del paciente, contradiciendo, sin exponer las razones que lo justifican, su propia doctrina contenida, entre otras, en la ya citada Sentencia 37/2011 .

El propio Tribunal en la doctrina asentada con ocasión del rechazo al tratamiento médico establece que la única manera de salvar la aparente contradicción que se produce entre el reconocimiento de la facultad del paciente de rechazar el tratamiento, como expresión de su *agere licere*, poniendo en riesgo su propia vida, con la declaración de que el derecho a la vida no tiene contenido negativo radica en que el fundamento de aquél viene constituido por el derecho a la integridad corporal. El paciente rechaza la injerencia en su cuerpo que supone el tratamiento. Y por ello, el Tribunal Constitucional afirma que el derecho a la vida no tiene contenido negativo, pese a que los sujetos puedan poner en riesgo su vida a través del rechazo al tratamiento. No hay contradicción en sus conclusiones, nos dice el Tribunal, sino el error de considerar que el mismo

fundamenta el derecho a rechazar el tratamiento en la autonomía de voluntad y no en la integridad corporal que se consagra en el artículo 15 de la Constitución.

La propia Ley 41/2002 que desarrolla los derechos de los pacientes y, concretamente, el derecho fundamental a la integridad en el ámbito de la relación médico y paciente dispone en su artículo 2 que el paciente tiene derecho a decidir libremente, después de recibir la información adecuada, entre las opciones clínicas disponibles, teniendo derecho a negarse al tratamiento, excepto en los casos determinados en la Ley. Así pues, se consagra un deber de omisión sobre el médico, pero, en modo alguno, un deber de acción, por lo que deducir de la doctrina del consentimiento informado una suerte de fundamento a favor de la proclamación del contenido negativo del derecho a la vida supone una evidente contradicción o confusión sobre el contenido del artículo 15 CE y la presencia en el mismo de dos derechos autónomos.

El derecho a rechazar tratamientos médicos que forma parte del *agere licere* al que se refiere el Tribunal Constitucional se hace radicar no en la autonomía sin más, sino que se considera parte de un derecho más amplio a vetar cualquier intromisión no deseada sobre el propio cuerpo. De este modo, el derecho a la integridad física o corporal sí estaría siendo lesionado siempre que a un sujeto se le impusiera un tratamiento médico no deseado. Si el Tribunal en 2011 hubiera considerado que la garantía del consentimiento informado se asienta exclusivamente en la autonomía de voluntad del sujeto, en una suerte de libertad autodeterminada como ahora proclama el Tribunal, difícilmente hubiera mantenido que los supuestos de rechazo del tratamiento médico con riesgo para la vida del paciente merecieran un trato distinto de la petición voluntaria de muerte. Si el paciente puede rechazar el tratamiento como expresión de su libertad, sería harto discutible que la misma libertad no le permita terminar con su vida, buscando el auxilio de un tercero. Pero este no es el fundamento de la Sentencia 37/2011 . Antes al contrario. En dicha resolución se dice que debe descartarse “que el problema pueda tener su encuadre en el art. 17.1 CE” y “el análisis ha de quedar ceñido a si la intervención llevada a cabo sobre el demandante de amparo sin informarle previamente de sus riesgos y posibles consecuencias ha supuesto o no una lesión de su derecho a la integridad física y moral, derecho amparado de forma autónoma en el art. 15 CE y que adquiere de esta forma una sustantividad propia”.

Y añade, a continuación, que este “derecho fundamental [integridad física o moral] conlleva una facultad negativa, que implica la imposición de un deber de abstención de actuaciones médicas salvo que se encuentren constitucionalmente justificadas, y, asimismo, una facultad de oposición a la asistencia médica, en ejercicio de un derecho de autodeterminación que tiene por objeto el propio sustrato corporal, como distinto del derecho a la salud o a la vida (STC 154/2002, de 18 de julio, FJ 9). Por esa razón,

hemos afirmado que el derecho a la integridad física y moral resultará afectado cuando se imponga a una persona asistencia médica en contra de su voluntad, que puede venir determinada por los más variados móviles y no sólo por el de morir y, por consiguiente, esa asistencia médica coactiva constituirá limitación vulneradora del derecho fundamental a la integridad física, a no ser que, como hemos señalado, tenga una justificación constitucional (SSTC 120/1990, de 27 de junio, FJ 8 , y 137/1990, de 19 de julio, FJ 6)". Y esta "garantía de la efectividad del derecho en el ámbito médico implica que cualquier actuación que afecte a la integridad personal, para resultar acorde con dicho derecho, según la delimitación que antes efectuamos del mismo, se ha de encontrar consentida por el sujeto titular del derecho o debe encontrarse constitucionalmente justificada".

Por otro lado, la exigencia de la garantía del consentimiento informado que contiene la propia Ley Orgánica 3/2021 (véanse, artículos 3 a), 5.1 e), 8.2) no permite efectuar la conexión que el Tribunal hace entre proclamación del derecho a rechazar el tratamiento médico como expresión del derecho fundamental a la integridad con el derecho a la eutanasia como expresión negativa del derecho a la vida. El consentimiento opera en ambos casos, pero como garantía de diferentes derechos.

El rechazo del tratamiento por parte del paciente no constituye una manifestación de su deseo de morir, sino de que no acepta la intromisión en su integridad, aunque la consecuencia de ello pueda ser la propia muerte. El individuo puede desplegar aquellas conductas que impliquen, en virtud de su *agere licere*, dejar discurrir a la naturaleza y, por ejemplo, no adoptar las medidas necesarias en orden a poner remedido a una enfermedad o situación física que le encamine hacia la muerte. Por ello, el tratamiento médico es voluntario con excepciones vinculadas generalmente a la salud pública. Sin embargo, ello no supone que la persona pueda exigir del Estado o de un tercero una acción positiva que ponga fin a su vida.

Cuando un individuo que profesa las creencias de la Iglesia de los Testigos de Jehová, por citar un caso paradigmático, rechaza una transfusión de sangre no expresa un deseo de morir, sino un deseo de que su integridad sea respetada por exigencia de su libertad religiosa, aunque pueda asumir la muerte como consecuencia necesaria o muy probable de su decisión. Dicho creyente no quiere morir, sino que impone su integridad física y libertad religiosa sobre su derecho a recibir un tratamiento médico que salvaría su vida.

La conexión entre derecho a rechazar el tratamiento con el derecho a la eutanasia supone presumir que los fines o pretensiones del ejercicio de ambos derechos son los mismos, obtener la muerte provocada, cuando ello no es así.

Por ello, deducir de la proclamación del derecho al rechazo del tratamiento médico una suerte de fundamento constitucional del derecho a la eutanasia no solo es erróneo conceptualmente, sino que contradice de plano la propia doctrina del Tribunal Constitucional, sin que se exprese en la propia Sentencia de 2023 las razones que permiten apartarse de aquélla. Recuérdese que la presunta viveza de nuestra Constitución que permitiría la proclamación de un derecho a la eutanasia no se invoca para fundamentar un cambio derivado de la cultura social, sino para uno que deriva de una presunta nueva cultura jurídica, lo que, como hemos visto, no es cierto.

Y el debate que ahora nos ocupa es relevante porque, planteado en términos constitucionales adecuados, pudiera, quizás, haber permitido una suerte de despenalización de la eutanasia basada en razones de no reprochabilidad de la conducta y de no cumplimiento de los fines de protección efectiva de la vida, pero no una proclamación sin ambages de una suerte de nuevo derecho para exigir del Estado que provoque la muerte de un individuo a petición libre y voluntaria de éste. Y, todo ello, sin olvidar que el reconocimiento constitucional del derecho a la vida no supone atribución de facultad que permite el ejercicio del derecho, sino que constituye una garantía que prohíbe la violación del mismo, es decir, constituye un instrumento de protección de la vida. No se reconoce la vida para que el sujeto pueda vivir, sino que se reconoce para que el sujeto pueda seguir viviendo sin injerencias por parte de terceros. La Constitución no reconoce el derecho a vivir, ya que la vida es un hecho ajeno al reconocimiento legal (un devenir biológico, en palabras del propio Tribunal Constitucional), sino que regula una garantía de la vida frente a ataques de terceros o, incluso, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, del propio sujeto, por lo que se ha señalado que lo que la Constitución proclama es la libertad de existencia. Por tanto, no parece razonable que se reconozca un derecho a morir, siguiendo el mismo argumento.

5. Y EN ESO LLEGÓ MORTIER

Junto a los hitos que acabamos de citar, entre los que destacaría la proclamación del derecho a rechazar el tratamiento médico, que informarían, en palabras del Tribunal, a favor de la proclamación del derecho a la eutanasia, éste añade también una tendencia también favorable de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sobre todo, a partir del caso *Mortier c. Bélgica* de 4 de octubre de 2022. Con esta reciente resolución del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal Constitucional pretende salvar uno de los argumentos más insólitos expresados por la propia Ley Orgánica, cuando, recordemos, en su Preámbulo mencionaba la relevancia del caso *Gross c. Suiza*, de 14 de mayo de 2013, a los efectos de mostrar una tendencia favorable del entorno europeo hacia la despenalización de las conductas eutanásicas,

superando la tradicional doctrina del Tribunal Europeo contenida en *Pretty c. Reino Unido*, de 29 de abril de 2002, resolución aquélla que fue, tras el recurso planteado ante la Gran Sala por Estado demandado, anulada al descubrirse en segunda instancia que, en octubre de 2011 -una vez presentada la demanda, pero dos años y medio antes del fallo- Alda Gross se había suicidado con ayuda de un médico, lo que para la Gran Sala se consideraba que "constituye un abuso del derecho a reclamar" y declara la demanda "inadmisible" y el fallo posterior "inválido". Sin embargo, la citada Sentencia anulada por la Gran Sala se desliza en alguna ocasión por la resolución del Tribunal Constitucional[15], cuando, por ejemplo, afirma que la regulación de la decisión eutanásica debe ser clara y precisa, para permitir al ciudadano conocer los límites que se imponen al ejercicio del derecho a decidir sobre el momento y la forma de la muerte, conforme dispone *Gross c. Suiza* (aps. 63 y 69).

Reconoce el Tribunal que, ciertamente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos excluye que pueda derivarse del derecho a la vida del art. 2 CEDH un derecho a morir (por todos, asunto *Pretty c. Reino Unido*, ap. 40) y concede un amplio margen de apreciación a los Estados en la decisión de limitar o no el derecho a la vida privada en aras de la protección de la vida y la búsqueda de un equilibrio entre ambos intereses. Sin embargo, para el Tribunal Constitucional, lo determinante es que la interpretación del precepto conforme al art. 8 CEDH conduce a descartar que prohíba *per se* una despenalización condicional de la eutanasia, aun cuando implique la actuación de un tercero de poner fin intencionadamente a la vida de quien lo pide, en tanto que tiene por objeto dar a la persona libertad para evitar un final de vida que considera indigno y doloroso, siendo la dignidad humana y la libertad la esencia misma del Convenio, argumento que se sostiene sobre la base de lo declarado en el caso *Mortier c. Bélgica*, y, en especial, sus Fundamentos de Derecho 137 y138.

Y tal posibilidad de despenalización condicional de la eutanasia quedaría vinculada a tres elementos: regulación garantista de los actos previos a la eutanasia, práctica respetuosa de tal marco legal y control posterior, conforme a la doctrina de *Mortier c. Bélgica*, aunque el Tribunal Constitucional es plenamente consciente de que tales garantías se encuentran vinculadas al problema planteado en dicho caso, la eutanasia practicada a petición de una persona con trastornos psiquiátricos y conforme a una legislación que no establecía un sistema de verificación previa.

Y si bien es cierto que el caso *Mortier* supone un cambio respecto de la doctrina *Pretty*, recuperando, en cierto modo, lo dispuesto, pero anulado después, en *Gross c. Suiza*, su recepción en nuestro ordenamiento constitucional para fundamentar un

[15] Tampoco se aborda esta cuestión en la segunda Sentencia sobre la eutanasia.

derecho a la eutanasia hubiera exigido una revisión algo más precisa del mismo, como sí ha hecho nuestra doctrina, en concreto, el profesor Rey Martínez[16]. En su detallado análisis de *Mortier*, Rey Martínez nos recuerda, en cuanto a los hechos que dieron lugar al litigio, y que como vamos a comprobar revisten sustancial importancia para valorar los efectos de dicha aparente nueva doctrina europea, que el hijo de la paciente y recurrente ante el Tribunal Europeo, alegó que el Estado de Bélgica había fallado en las obligaciones positivas de protección de la vida de su madre porque no se habría respetado el procedimiento legalmente previsto por tres razones: en primer lugar, el médico psiquiatra que practicó la eutanasia presidía una asociación de ayuda a morir que había recibido un donativo de la madre de 2.500 euros, lo que demostraba un «evidente conflicto de interés». Cierto es que, como señala el Tribunal Europeo, no se trata de un importe cuantioso, pero si se conocieran y sumaran todos los asuntos por los que se reciben «donativos voluntarios», podríamos encontrarnos con una trama de financiación de la asociación escasamente compatible con su carácter filantrópico[17].

En segundo lugar, el médico especialista que realizó el segundo juicio médico sobre la capacidad y consentimiento de la paciente, así como la causa médica que habilitaría la prestación de ayuda a morir, también pertenecía a la misma asociación que el primer médico, el médico responsable. Recuerda Rey Martínez que los psiquiatras que intervinieron en la eutanasia de la señora G.T. (ninguno de ellos era su psiquiatra habitual) pertenecían a la misma asociación *Levens Einde Information Forum* (Foro de Información sobre el Final de la Vida) de ayuda a morir, de la que el psiquiatra responsable no sólo era presidente, sino el mismo fundador. Y, al mismo tiempo, co-presidía la Comisión federal de control. El conflicto de intereses es, en palabras de Rey Martínez, tan evidente que llega a ser obsceno, y la sospecha sobre el carácter lucrativo de la asociación de ayuda a morir y la falta de imparcialidad de los psiquiatras participantes no ayudan precisamente a demostrar la verdadera autonomía de la paciente en su toma de decisión, todo ello, además, en un contexto como el belga en el que, hablando con realismo, se carece de cualquier sistema efectivo de control de las eutanasias practicadas, como demuestran los datos[18].

Y tercera, porque, en opinión del hijo recurrente, no había habido una «investigación oficial efectiva» posterior al fallecimiento de su madre en la medida en que el psiquiatra

[16] REY MARTÍNEZ, F., "La eutanasia en el sistema europeo de Estrasburgo tras la Sentencia Mortier y su impacto en el ordenamiento español", *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 51, año 2023, pp. 567 a 589.

[17] Ibidem, p. 574.

[18] Ibidem.

que realizó la eutanasia co-presidía, al mismo tiempo, la Comisión de control que verificó *a posteriori* la validez de dicha eutanasia[19].

Una panoplia bien ilustrativa, pues, de irregularidades sustanciales que bien hubieran merecido un comentario por parte de nuestro Tribunal Constitucional, más aún, cuando en su Sentencia de 2023 se aparta, expresamente, de la posibilidad de que el nuevo derecho a la eutanasia se aplique a individuos con patologías psiquiátricas.

A estos efectos, una de las tachas de inconstitucionalidad planteadas por los recurrentes fue la de la excesiva imprecisión de la definición legal de uno de los contextos o situaciones que permitirían el acceso a la prestación de ayuda para morir; en concreto, el artículo 5.1 d) de la Ley Orgánica que emplea los términos de "padecimiento grave, crónico e imposibilitante", y que el legislador acota en el anterior artículo 3 b) como "situación que hace referencia a limitaciones que inciden directamente sobre la autonomía física y actividades de la vida diaria, de manera que no permite valerse por sí mismo, así como sobre la capacidad de expresión y relación, y que llevan asociado un sufrimiento físico o psíquico constante e intolerable para quien lo padece, existiendo seguridad o gran probabilidad de que tales limitaciones vayan a persistir en el tiempo sin posibilidad de curación o mejoría apreciable. En ocasiones puede suponer la dependencia absoluta de apoyo tecnológico". Para los recurrentes, la definición opera una subjetivización del sufrimiento que permitiría incluir en el ámbito de aplicación de la norma a cualquier persona que sufra un trastorno mental, de modo que en el caso de que la enfermedad psíquica cause dependencia, sufrimiento psíquico y exista una gran probabilidad de persistencia en el tiempo sin mejoría apreciable, la vida deviene indigna.

Para el Tribunal tal tacha de inconstitucionalidad no es atendible, dado que "el padecimiento definido en el artículo 3 b) ha de presentarse siempre como una dolencia o enfermedad somática en su origen, aunque los sufrimientos constantes e intolerables que la Ley Orgánica en este punto requiere puedan ser de orden psíquico, añadiendo que la "distinción entre la patología o dolencia física [«sin posibilidad de curación o mejoría apreciable» o «incurable», apartados b) y c), respectivamente, del art. 3], de un lado, y los sufrimientos físicos o psíquicos asociados a ella, del otro, excluye de raíz que la LORE, frente a lo que los recurrentes dicen, pretenda o permita incluir entre tales «padecimientos» la «enfermedad psicológica» o, incluso, la «depresión»".

Y todo ello, pese a que el Tribunal admite que "la referencia del art. 3 b) LORE a una situación de «padecimiento grave, crónico e imposibilitante» es compatible con la seguridad jurídica, pues, aunque contiene un margen de apreciación, es susceptible de ser definida de forma acorde «con el sentido idiomático general» (STC 53/1985, FJ 10),

[19] Ibidem, pp. 568 y 569.

lo que elimina el riesgo de una absoluta indeterminación en cuanto a su interpretación o a que se generen en los destinatarios dudas insuperables acerca de la conducta exigible".

En todo caso, resulta ciertamente paradójico que el Tribunal recurra a *Mortier* para fundamentar su decisión, pese a que el caso planteado frente al Estado belga sea, precisamente, un supuesto de enfermedad psíquica sin padecimiento grave, lo que excluye el Tribunal que pueda aplicarse en España. La paciente del caso *Mortier* no era una enferma terminal, ni sufría una grave, crónica e invalidante enfermedad física, sino que padecía una de tipo psicológico o mental: una profunda y larga depresión.

Por otro lado, como también recuerda Rey Martínez, en dicha Sentencia el Tribunal Europeo recuerda su consolidada doctrina según la cual no es posible deducir del art. 2 del Convenio un derecho a morir[20], de manera que estaríamos frente a una resolución dictada *ad hoc*, sin vocación de deducir del Convenio una suerte de contenido negativo del derecho a la vida.

Por ello, concluye Rey Martínez su análisis crítico de la Sentencia, manifestando que se "incurre en cierta esquizofrenia argumentativa que, aunque no le impide resolver el caso razonablemente (con las limitaciones antes expuestas), arroja numerosas zonas de incertidumbre sobre la aplicación posterior de su doctrina" [21].

6. EL DERECHO A LA EUTANASIA ¿DERECHO FUNDAMENTAL O MERO DERECHO DE CONFIGURACIÓN LEGAL?

Y vamos ya terminando nuestro análisis de la Sentencia sobre la eutanasia, abordando la que quizás constituya la principal duda que surge de su lectura, teniendo su respuesta evidentes consecuencias no sólo jurídicas, sino también políticas.

¿Es el nuevo derecho que consagra el Tribunal Constitucional una suerte de derecho fundamental que se deduce, sin ambages, del texto constitucional, o un mero derecho de configuración legal, susceptible de ser modificado o, incluso, derogado por una mayoría parlamentaria de diferente signo a la que aprobó la Ley Orgánica de eutanasia?

Ciertamente, el debate que vamos a plantear sitúa su reflexión en la esfera del deber ser o, metafóricamente, del denominado *Derecho en los libros*, ya que habría que tener la ingenuidad propia del jurista persa si partiéramos de la hipótesis de que la naturaleza del nuevo derecho a la eutanasia determina necesariamente en la realidad que un futuro Parlamento con una mayoría diferente de la que tramitó y aprobó la Ley Orgánica y un Tribunal Constitucional de configuración distinta al que ha dictado las Sentencias de

[20] Ibidem, p. 569.

[21] Ibidem, p. 576.

2023 pueda revocar total o parcialmente los argumentos y consideraciones jurídicas de las mismas. Si la actual mayoría del Tribunal Constitucional no parece respetar su pasado doctrinal, por qué va a respetarlo un futuro Tribunal. Rota la condición de institución, con vocación de crear un hilo histórico entre pasado, presente y futuro, y operando meramente, como elemento legitimador, el correspondiente régimen de mayorías en cada momento, la mayoría temporal del Tribunal no encuentra ya atadura alguna con el propio pasado e historia de la institución.

En todo caso, no debemos olvidar, y compartimos el criterio que sostiene, creemos con acierto, Rey Martínez, que tras la Sentencia *Mortier* el recurso a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sobre todo, al amparo de la interpretación del artículo 2 del Convenio que consagró hace más de dos décadas *Pretty c. Reino Unido* queda, en gran parte, desactivada, porque la despenalización de la eutanasia y el suicidio asistido son claramente compatibles con el sistema europeo de protección de los derechos[22].

Sin embargo, tal despenalización de la eutanasia no le exige al legislador, indispensablemente, la proclamación de un derecho, ni menos aún, de un derecho de naturaleza fundamental, pudiendo cumplirse el mandato de convencionalidad que parece deducirse del caso *Mortier* con una mera reforma del Código Penal, a través de una eximente de responsabilidad penal o de enjuiciamiento criminal para determinados supuestos. Es decir, un sistema que no deduzca del derecho a la vida una suerte de contenido negativo, pero que, en determinados supuestos, considere que no cabe reproche culpabilístico.

Esta es la fórmula por la que optó hace unos años el ordenamiento del Reino Unido, cuando se aprobaron unos criterios vinculantes para las autoridades policiales y judiciales encargadas de la investigación de los delitos relacionados con el suicidio asistido y del procesamiento de sus autores, de febrero de 2010 y actualizadas en octubre de 2014 (Suicide: Policy for Prosecutors in Respect of Cases of Encouraging or Assisting Suicide, Legal Guidance, Violent crime, Issued by The Director of Public Prosecutions)[23]. En ellos se establece que, pese a la prohibición penal del auxilio al suicidio, en determinados casos concretos pueden concurrir factores de interés público que informen en contra de su enjuiciamiento penal. Tales factores, según detallan los criterios, son: 1) que la víctima hubiera tomado una decisión voluntaria, clara, decidida e informada de suicidarse; 2) que el sospechoso actuara totalmente motivado por la

---

[22] Ibidem.

[23] Puede accederse a dicho documento a través de la siguiente página web: https://www.cps.gov.uk/legal-guidance/suicide-policy-prosecutors-respect-cases-encouraging-or-assisting-suicide.

compasión; 3) que las acciones del sospechoso, aunque suficientes para entrar en la definición del delito, fueran solo de menor asistencia; 4) que el sospechoso hubiera tratado de disuadir a la víctima de tomar el curso de acción que resultó en su suicidio; 5) que las acciones del sospechoso pudieran caracterizarse como asistencia renuente ante el deseo determinado de la víctima de suicidarse; 6) que el sospechoso denunciara el suicidio de la víctima a la policía y colaborara plenamente en sus investigaciones sobre las circunstancias del suicidio y su participación[24].

Y, como dijera el Comité de Bioética de España en su Informe de 6 de octubre de 2020 al que ya hemos hecho referencia antes, "puede resultar paradójico que la regla general de protección de la vida como expresión del principal valor en el que se funda nuestra convivencia pueda completarse con una excepción que permita, aunque sea valorada la conducta a posteriori, que acabar con la vida de una persona no tenga consecuencias penales. Pero, quizás, en nuestras actuales sociedades las paradojas sean el único camino hacia el acuerdo y uno de los pocos espacios en los que la norma legal encuentra más fácil acomodo. En todo caso, también debemos recordar que en el mundo jurídico la excepción a la regla general no es algo impropio o extraño, porque precisamente la regla se construye sobre la base de unos casos comunes o prototípicos que en ciertas ocasiones muestran alguna incongruencia en su aplicación a la realidad".

Y esta alternativa en la que se despenaliza la eutanasia para determinados supuestos, sin proclamar un derecho a la misma, es a la que, precisamente, hace mención el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en *Pretty c. Reino Unido,* cuando señala que no parece arbitrario que un sistema legal recoja la importancia de la protección de la vida a través de una prohibición de la eutanasia y auxilio al suicidio y, al mismo tiempo, incorpore un sistema que permita atender a las circunstancias concretas que han podido concurrir en cada caso, al público interés en llevar el caso a un enjuiciamiento, o los requisitos justos y apropiados de retribución y disuasión (ap. 76). Y no debemos olvidar, como ha expresado tanto el Tribunal Europeo como nuestro Tribunal Constitucional, que *Mortier* no deroga la doctrina contenida en *Pretty*.

Pues bien, contestando a la pregunta que nos formulábamos unas líneas atrás, si bien una primera lectura de las Sentencias parece llevar a la conclusión de que el Tribunal Constitucional ha incorporado un nuevo derecho fundamental al acervo de los

[24] Esta opción de mantener la eutanasia y/o auxilio al suicidio como actos prohibidos penalmente, pero regulando a través de unas guías o una circular unos criterios de no enjuiciamiento penal, es la opción por la que optan varios de los miembros del Comité de Bióetica de Austria (Bioethikkommission) en su Informe sobre morir con dignidad, de 19 de febrero de 2015. Éstos proponen no modificar la regulación penal, manteniendo la prohibición del auxilio al suicidio, pero sí desarrollar unas pautas obligatorias para las autoridades policiales y judiciales en casos muy específicos de suicidio asistido. Ello, entienden que aumentaría la seguridad jurídica dentro del marco legal existente y sería más apropiado para los casos singulares complejos que una regulación general que modifique el Código Penal.

que ya están explícitamente reconocidos en la Constitución, conectando con otras ya dictadas por el Tribunal y a través de las que se vendría a aceptar que nuestro texto constitucional no es un texto completamente cerrado, pese a la falta de una cláusula constitucional de apertura, sino, en cierto modo, abierto a la deducción de derechos fundamentales que se derivarían de los ya proclamados, una lectura e interpretación sistemática de la Sentencia nos lleva a la conclusión contraria.

Así pues, una primera lectura de las Sentencias conectaría las mismas con aquellas otras dictadas por el Tribunal y, en virtud de las cuales, se incorporan, o, mejor expresado, deducen nuevos derechos fundamentales del acervo de los proclamados expresamente por el constituyente. Las Sentencias sobre la eutanasia entrarían a formar parte del catálogo de resoluciones constitucionales que han ampliado la parte dogmática de la Constitución, destacando, entre ellas, las Sentencias 37/1989 [25], 119/2001 [26] o 150/2011 , en las que se proclaman el derecho fundamental a la intimidad corporal o pudor y el derecho fundamental a no sufrir ruido, y, también, la reiteradamente citada por el Tribunal, la núm. 37/2011 , por la que se otorga fundamentalidad al derecho a rechazar el tratamiento médico.

Sin embargo, una interpretación *in toto* de las Sentencias permite concluir, precisamente, lo contrario: el derecho a la eutanasia es un mero derecho de configuración legal, de manera que su extensión, efectos e, incluso, proclamación depende de la voluntad del legislador, en similares términos al ya comentado derecho a contraer matrimonio entre personas del mismo sexo.

Nuestra posición se fundamenta en los siguientes argumentos:

En primer lugar, un argumento más funcional, relativo a la propia función que en la Sentencia 19/2023 se atribuye el Tribunal, y a la que se remite la posterior Sentencia 94/2023.

La Sentencia inaugura sus fundamentos jurídicos con lo que, como recogíamos al inicio de nuestro trabajo, denomina “elemental recordatorio” para explicar sucintamente la función que le corresponde desempeñar al Tribunal en el marco de los límites de la jurisdicción constitucional frente al legislador. Y tal función, en palabras del Tribunal, supone una suerte de control limitado, en virtud del cual, el legislador goza de un amplio

---

[25] El Fundamento de Derecho 7.º de la Sentencia declara que “La Constitución garantiza la intimidad personal (art. 18.1), de la que forma parte la intimidad corporal”.

[26] El Tribunal expresa en el Fundamento de Derecho 6.º *in fine*, que “podemos concluir que una exposición prolongada a unos determinados niveles de ruido, que puedan objetivamente calificarse como evitables e insoportables, ha de merecer la protección dispensada al derecho fundamental a la intimidad personal y familiar, en el ámbito domiciliario, en la medida en que impidan o dificulten gravemente el libre desarrollo de la personalidad, siempre y cuando la lesión o menoscabo provenga de actos u omisiones de entes públicos a los que sea imputable la lesión producida”, lo que se reitera, después, en la Sentencia 150/2011.

espacio de libertad, ya que la norma fundamental ofrece cobertura a plurales “opciones políticas” y “de muy diferente signo”, lo que se corresponde con un ordenamiento constitucional que consagra como uno de sus valores superiores el pluralismo político.

Y por ello, la labor del máximo intérprete de la Constitución no consiste necesariamente en cerrar el paso a las opciones o variantes imponiendo autoritariamente una de ellas, a salvo de que el carácter unívoco de la interpretación se imponga por el juego de los criterios hermenéuticos.

Añade el Tribunal que su función consiste, pues, en fijar los límites dentro de los cuales puede moverse libremente el legislador al convertir en ley sus opciones políticas.

A la vista de los términos en los que se expresa el Tribunal, ¿cabría una reforma de la Ley Orgánica de eutanasia que derogara el derecho a solicitar la ayuda para morir y lo sustituyera por una fórmula de eximente de responsabilidad penal o de enjuiciamiento criminal?

Creemos que la pregunta encuentra fácil contestación, pese a los términos ciertamente confusos con los que se expresa la Sentencia. Y ello, no obsta para reconocer que el principal límite que esta Sentencia supone para el futuro legislador que pretenda enfrentarse de nuevo a la ardua tarea de regular el viejo problema de la eutanasia se encuentra en la exigencia constitucional de respetar el núcleo esencial del derecho a la autodeterminación de la persona, es decir, la exigencia de mantener, al menos, unos supuestos concretos de eximente penal o criminal del acto eutanásico, pero no, necesariamente, su carácter prestacional.

La conexión con el derecho a la autodeterminación de la persona no se invoca por el Tribunal para proclamar la fundamentalidad del derecho a la eutanasia, sino para salvar cualquier tacha de inconstitucionalidad. Los términos literales en los que se expresa en el Fundamento de Derecho 6.º *in fine* de la Sentencia son elocuentes al respecto: “En definitiva, la LORE garantiza el derecho a la autodeterminación de la persona sin dejar desprotegida la vida, a la que dispensa un grado de protección que no es insuficiente y que, según la expresa apreciación del legislador -que no cabe tachar de infundada-, es superior al que se derivaría de un sistema de mera despenalización de la ayuda de terceros a la eutanasia y que, con toda evidencia, es también superior al que la legislación vigente proporciona respecto de las otras modalidades de eutanasia -pasiva y activa indirecta- también protegidas, según la doctrina constitucional antes mencionada, en el derecho a la integridad personal (art. 15 CE)”.

Los términos empleados por el Tribunal se sitúan en clave de justificación de la no inconstitucionalidad frente a otras soluciones legales del fenómeno eutanásico, pero no como expresión de un presunto carácter unívoco de la interpretación que se deduzca por el juego de los criterios hermenéuticos.

La misma conclusión se alcanza de la lectura del siguiente párrafo recogido inmediatamente antes del que acabamos de trascribir: "En nada obsta a esta conclusión, contrariamente a lo que se sostiene en la demanda, la circunstancia de que el legislador haya optado por configurar la ayuda para morir en este preciso ámbito como un derecho público subjetivo y le haya atribuido, además, carácter prestacional. Ningún impedimento constitucional existe a que el legislador configure como derecho prestacional una actividad que, atendiendo a su concreta configuración, es constitucionalmente lícita. Ni de tal configuración como derecho subjetivo, ni del mandato conexo a las administraciones sanitarias para dar la máxima difusión al contenido de la Ley Orgánica y para promover entre la ciudadanía la realización del llamado «documento de instrucciones previas» (disposición adicional séptima), cabe tampoco concluir, visto el conjunto de garantías y controles previstos por el legislador, la existencia de un insuficiente grado de protección de la vida".

Cuando el Tribunal afirma que nada impide al legislador configurar como derecho prestacional una actividad que es constitucionalmente lícita, puede interpretarse, *sensu contrario*, que tampoco existe impedimento constitucional para configurarlo como una mera eximente penal o criminal, siempre que a través de la misma se permita el ejercicio del proclamado derecho a la autodeterminación de la persona en conjunción con el deber de proteger la vida que corresponde al Estado por mandato del artículo 15 CE.

El límite constitucional al futuro legislador estará en que una prohibición absoluta de la muerte asistida constituye una interferencia en los derechos a la libertad y a la seguridad. No se proclama un derecho fundamental a la muerte asistida como dimensión negativa del derecho a la vida proclamado en el artículo 15 CE. Se estaría haciendo efectivo lo que Gonzalo Arruego sostendría a finales de la pasada década cuando en su análisis de un presunto derecho a la muerte asistida afirmaba que "tal vez asistamos [en el futuro] al nacimiento de un derecho de nuevo cuño que puede rastrearse fragmentariamente en valores, principios y derechos pero que, como tal, no encuentra acomodo exclusivo en ninguno"[27]. Y como tal derecho de nuevo cuño, en palabras ya nuestras, no cabe sostener su fundamentalidad, ya que no derivaría de ninguno de los proclamados y contenidos en la Sección 1.ª del Capítulo Segundo, aunque encajara en alguno de los valores y principios proclamados en el texto constitucional. Tal sustento en alguno de los valores superiores no implica, como dijera el propio Tribunal Constitucional en su Sentencia 120/1990 , que por sí solos puedan considerarse un derecho subjetivo de carácter fundamental y, por ende, susceptible de amparo[28]. Una suerte, pues, de

[27] ARRUEGO, G., cit., p. 134.

[28] FJ 7.º

autodeterminación genérica que exige del Estado, al menos, no obstaculizar la misma en determinados supuestos tasados.

En la segunda Sentencia, la 94/2023, el Tribunal parece abordar esta cuestión de manera más directa, ya que el recurso del Grupo parlamentario Popular descarta, en resumen del propio Tribunal, "la existencia de un presunto derecho fundamental a exigir la propia muerte". Y manifiesta el Tribunal Constitucional, en desestimación de dicho argumento de inconstitucionalidad, que "la respuesta a los motivos aducidos por los recurrentes ha de ser de desestimación por remisión a los argumentos esgrimidos por la STC 19/2023 que ha confirmado la constitucionalidad de la configuración legislativa de la eutanasia como un derecho subjetivo de naturaleza prestacional, siempre y cuando se produzca (i) en un "contexto eutanásico" médicamente contrastado, esto es, un "contexto de sufrimiento debido a una enfermedad o padecimiento incurable que la persona experimenta como inaceptable y que no ha podido ser mitigado por otros medios", y (ii) "a petición informada, expresa y reiterada en el tiempo" por la persona que solicita ayuda para acabar con su propia vida [FJ 6 B) y C)]", añadiendo que "en cuanto a la imposibilidad de configurar el derecho a la vida del art. 15 CE como un derecho de voluntad o libertad que incluya o garantice el derecho a la propia muerte, la STC 19/2023, aun sin encuadrar en este derecho fundamental la protección constitucional de la eutanasia, sí aclaró que la misma se encuentra protegida por otros preceptos constitucionales —según se acaba de reseñar— sin que a ello se oponga, frente a lo que afirman los recurrentes, el derecho fundamental a la vida".

Así pues, el Tribunal no proclama la eutanasia como derecho fundamental, sino que invoca de manera reiterada que la misma se encuentra protegida por otros preceptos constitucionales distintos del artículo 15 CE, en cuanto que proclama el derechon a la vida.

Y la posición que mantenemos parece compartirla también el propio Abogado del Estado en la Sentencia 19/2023, cuando afirma el Tribunal que "trae a colación, en cuanto a las facultades del legislador de regular aspectos en principio no previstos por el constituyente al redactar el catálogo de derechos y libertades, la STC 198/2012, de 6 de noviembre , respecto de la regulación del matrimonio entre personas del mismo sexo, que rechazó el alegato de que el constituyente, al redactar el art. 32 CE, no contemplaba las uniones de personas del mismo sexo y que la normativa impugnada desnaturalizaba la institución del matrimonio. Se apeló entonces a una lectura evolutiva de la Constitución y a una noción de cultura jurídica que hace pensar en el Derecho como fenómeno social vinculado a la realidad en que se desarrolla, así como al margen de apreciación que la Constitución reconoce al legislador cuando se trata de una opción no excluida por el constituyente. En tanto que la decisión voluntaria de una persona de

poner fin a su vida es un acto fuera de lo regulado en el art. 15 CE, el margen de apreciación del legislador para regular este aspecto es especialmente amplio".

E, igualmente, una de las Magistradas del propio Tribunal que emitió voto particular concurrente, la profesora Balaguer Callejón[29], cuando afirma que "A mi juicio, la sentencia debería haber optado por centrar el debate no tanto en torno al contenido y alcance del art. 15 CE, o a la cuestión de si ese precepto contiene o no un derecho fundamental a la muerte digna, sino en relación con el contenido que debe atribuirse, en el momento constitucional presente, a la noción de dignidad humana que contempla el art. 10.1 CE. Dicho de otro modo, la sentencia podría haber contextualizado el doble argumento que conduce a la desestimación del recurso de inconstitucionalidad asumiendo que la capacidad de decidir sobre el modo en que una persona adulta, libre, consciente y suficientemente informada pone fin a su proceso vital, deriva de manera directa de la proclamación de la dignidad de la persona como fundamento del orden político en el que se enmarca el reconocimiento, promoción y garantía de los derechos de la persona".

Y ello, porque en palabras de la Magistrada concurrente, "una construcción dogmática con ese vínculo constitucional hubiera facilitado al futuro intérprete y al legislador futuro un sustento más sólido para conformar un derecho a la muerte digna de perfiles más amplios que los que ahora contempla la ley, y que limita la eutanasia y la asistencia al suicidio en los denominados «contextos eutanásicos», que ni mucho menos comprenden todas las situaciones vitales en que una persona puede decidir poner fin a su vida en condiciones dignas y no violentas o degradantes".

Y añade, más adelante, que "la insistente mención no termina de dar contenido a la noción de dignidad que realmente sostiene el derecho a una muerte digna. El salto lógico que va entre negar que el art. 15 CE comprenda un derecho a morir, y reconocer el derecho a recibir ayuda del Estado, a través del sistema sanitario, para poner fin a la vida cuando ello supone expresión del derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE), no puede hacerse sin asumir que es la dignidad el elemento determinante del reconocimiento de esa dimensión del derecho fundamental que, hasta ahora, no había recibido reconocimiento jurisprudencial expreso".

---

[29] El voto particular de la profesora Balaguer Callejón frente a la Sentencia 19/2023 se recoge, igualmente, en la Sentencia 94/2023 por mera remisión: "Con el mayor respeto al criterio reflejado en la sentencia a que se refiere el encabezamiento y en ejercicio de la facultad que me confiere el art. 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, manifiesto mi discrepancia con la argumentación de la sentencia aprobada por el Pleno, aunque comparta el fallo de la misma. La argumentación de la resolución a la que se opone este voto, en lo que resulta de relevancia para el mismo, es coincidente con la de la STC 19/2023, de 22 de marzo, y habiendo manifestado mi discrepancia respecto de aquella, en el voto concurrente que formulé a dicha sentencia, me remito ahora al mismo en su totalidad".

Y es que para dicha Magistrada “la sentencia no consigue desprenderse de una cierta moral, que asociamos a la idea de dignidad, de modo que la argumentación no permite imaginar un escenario de progresión normativa en el reconocimiento de la autodeterminación plena del individuo en relación con la finalización de la vida”.

Y todo ello supone que, pese a la relevancia de la Ley Orgánica y de la propia Sentencia, “otorgar naturaleza subjetiva y fundamental al derecho a morir dignamente, en el marco de las condiciones establecidas en la ley, supone dotar a la persona de una posición más garantista frente a los posibles obstáculos que, en su caso, pudiera encontrarse en este tan tremendo proceso de la toma de decisión de dejar de vivir por haberse convertido la vida, valga la redundancia, en invivible para el sujeto afectado. Convertir al derecho a la muerte digna en una faceta más de los derechos derivados del artículo 15 de la Constitución supone reconocerle las garantías propias de los derechos fundamentales frente a la actuación de los poderes públicos (art. 53.2 CE); por tanto, una garantía reforzada de tutela jurisdiccional a través del procedimiento contencioso-administrativo de protección de los derechos y libertades fundamentales, siendo, pues, objeto de un procedimiento preferente y sumario, en las condiciones previstas en la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa, artículos 114 y siguientes. Además, en caso de que la garantía judicial ordinaria no tutele adecuadamente los derechos de la persona afectada podría llegarse incluso en amparo ante este tribunal”.

Al expresarse este párrafo en forma de voto particular concurrente y relacionando su contenido con la queja expresada en los párrafos anteriormente trascritos del mismo voto, puede afirmarse que la ausencia de la fundamentalidad del derecho no es algo que solamente vengamos a sostener nosotros y el Abogado del Estado, sino incluso la única Magistrada que formuló un voto de dicha naturaleza (los demás votos son disidentes).

En definitiva, tales elocuentes palabras expresadas por la Magistrada Balaguer Callejón no solo parecen hacer referencia a su opción por un modelo eutanásico más amplio que el contenido en la Ley Orgánica, sino también a que el Tribunal debería haber proclamado, *ope dignitate*, un verdadero derecho fundamental a la eutanasia, en virtud del cual, su ejercicio efectivo no quedara necesariamente constreñido al mero “contexto eutanásico” que establece la Ley Orgánica. Sin embargo, como denuncia la concurrente, nada de ello ha hecho el Tribunal.

Resulta igualmente de interés para el debate que nos ocupa comparar los términos en los que el Tribunal fundamenta este *ex novo* derecho a la eutanasia con el derecho de la mujer a poner fin a su embarazo que se proclama en una Sentencia dictada por el Tribunal Constitucional pocas semanas después, la Sentencia 44/2023, de 9 de mayo, por la que se resuelve el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del

embarazo . Así, el Tribunal proclama que "con fundamento en todo lo expuesto, consideramos que la interrupción voluntaria del embarazo, como manifestación del derecho de la mujer a adoptar decisiones y hacer elecciones libres y responsables, sin violencia, coacción ni discriminación, con respeto a su propio cuerpo y proyecto de vida, forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la integridad física y moral (art. 15 CE) en conexión con la dignidad de la persona y el libre desarrollo de su personalidad como principios rectores del orden político y la paz social (art. 10.1 CE)".

Contrariamente a lo ahí expresado, en las Sentencias de la eutanasia en lugar alguno de las mismas se expresa que el derecho a la eutanasia forme parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la integridad física y moral.

La conexión entre aborto y eutanasia la establece la propia Sentencia de la eutanasia cuando fundamenta que el derecho a la vida no tiene carácter absoluto, dado que la propia Sentencia 53/1985 "amparó la constitucionalidad de varios supuestos de aborto aun desde el presupuesto del valor de la vida humana".

En todo caso, parece que la aparente fundamentalidad del derecho de la mujer al aborto ha quedado expresamente diluida por el propio Tribunal Constitucional en la Sentencia 78/2023, de 3 de julio, dictada en resolución de un recurso de amparo interpuesto por una usuaria del Sistema Murciano de Salud que fue derivara a una clínica privada de otra Comunidad Autónoma para que se le practicara la interrupción voluntaria del embarazo por indicación embriopática (malformaciones en el feto), dado que "en Murcia ningún facultativo ha pedido poder practicar interrupciones voluntarias de embarazo en la sanidad pública, según consta en certificado remitido por el director gerente del área I".

En esta última Sentencia el Tribunal expresa que "como ha declarado la STC 44/2023, de 9 de mayo, FJ 3 B) [sic!, nuestro], la interrupción voluntaria del embarazo «forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la integridad física y moral (art. 15 CE) en conexión con la dignidad de la persona y el libre desarrollo de su personalidad como principios rectores del orden político y la paz social (art. 10.1 CE)». Al tratarse de un derecho cuyo ejercicio precisa un desarrollo legislativo que establezca una regulación que sea respetuosa con los derechos y los bienes constitucionales concernidos por la interrupción voluntaria del embarazo [el derecho fundamental de la mujer a la integridad física y moral (art. 15 CE) en relación con su dignidad y el libre desarrollo de su personalidad (art. 10.1 CE) y el deber del Estado de proteger la vida prenatal como bien constitucional (art. 15 CE)] nos encontramos ante un derecho de configuración legal".

Aunque el siguiente párrafo del mismo Fundamento de Derecho 5.º, relativo a la naturaleza y alcance del derecho de la mujer a interrumpir el embarazo, señala que "Esta naturaleza no determina que cualquier infracción de la ley que regula el ejercicio del derecho a la interrupción del embarazo conlleve la infracción del derecho fundamental a la integridad física y moral de la mujer. Para poder apreciar su vulneración es preciso que la previsión legal incumplida incida directamente en el ámbito tutelado por este derecho fundamental, lo que sucederá tanto en los casos en los que no se respete el ámbito de libertad que el legislador otorga a la mujer para que pueda adoptar de forma autónoma y sin coerción de ningún tipo la decisión que considere más adecuada en cuanto a la continuación o no de la gestación [STC 44/2023, FJ 3 D)], como en aquellos en los que se dificulte de manera relevante el acceso a la prestación sanitaria de la interrupción del embarazo o su práctica. En consecuencia, en aquellos casos en los que no se respeten las previsiones legales que tienen como objeto proporcionar garantías para que la mujer pueda tomar esta decisión libremente, con pleno conocimiento de causa y con todos los elementos de juicio necesarios, así como aquellas que tienen como finalidad asegurar que la prestación de la interrupción del embarazo se va a efectuar con respeto de los derechos fundamentales de la mujer, la vulneración legal conllevará también la del derecho fundamental afectado".

Extraño derecho, pues, éste que derivando aparentemente del contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la integridad física y moral, exige configuración legal para determinar cuándo la infracción de su ejercicio determina o no la vulneración de su supuesta fundamentalidad.

Por otro lado, y volviendo al debate principal que nos ocupa en relación con la fundamentalidad del derecho a la eutanasia, el propio recurso que el Tribunal hace a la doctrina convencional, permite mantener que estamos frente a un derecho de configuración legal, cuando afirma que "ciertamente excluye el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que pueda derivarse del derecho a la vida del art. 2 CEDH un derecho a morir (por todos, asunto *Pretty c. Reino Unido*, § 40) y concede un amplio margen de apreciación a los Estados en la decisión de limitar o no el derecho a la vida privada en aras de la protección de la vida y la búsqueda de un equilibrio entre ambos intereses. Pero, y es lo aquí determinante, la interpretación del precepto conforme al art. 8 CEDH conduce a descartar que prohíba *per se* una despenalización condicional de la eutanasia, aun cuando implique la actuación de un tercero de poner fin intencionadamente a la vida de quien lo pide, en tanto que tiene por objeto dar a la persona libertad para evitar un final de vida que considera indigno y doloroso, siendo la dignidad humana y la libertad la esencia misma del Convenio (asunto *Mortier c. Bélgica*, § 137 y138)".

En cuanto al ineludible carácter prestacional del derecho subjetivo a la eutanasia, el principal argumento que podría esgrimirse en favor de un sistema prestacional reside en las garantías que el mismo ofrece en conexión con la protección del derecho a la vida y con el principio de igualdad. El carácter prestacional cumpliría una doble garantía: en primer lugar, permite un cierto control del acto eutanásico al prestarse en el marco del sistema público de salud, aunque recordemos que el carácter prestacional es una opción, no condición de la petición, ya que no quedan excluidos de ofrecer la ayuda para morir las instituciones sanitarias y sociosanitarias del sistema privado[30]. En segundo lugar, el citado carácter prestacional permite acceder a la correspondiente ayuda sanitaria para morir a cualquier individuo que se encuentre en un contexto eutanásico, con independencia de su condición social o económica. Como tal prestación, puede obtenerse con cargo al sistema público de salud.

Sin embargo, esta cuestión, no menor, no es tratada por el Tribunal Constitucional en sus extensas y prolijas Sentencias. La única mención que se hace al principio de igualdad en la Sentencia 19/2023 se sitúa en el marco del debate sobre el acceso a la ayuda para morir de personas que, habiendo perdido su capacidad de obrar, hayan expresado su deseo en el correspondiente documento de instrucciones previas: "El legislador ha abierto así, mediante estas previsiones complementarias, la posibilidad de que la prestación eutanásica pueda ser recibida también por quien, no pudiendo instarla autónomamente de presente, hubiera predispuesto su decisión y reuniera las demás condiciones, algo que en nuestro ordenamiento se contemplaba ya, en general, respecto de los tratamientos sanitarios (art. 11 de la Ley 41/2002, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica) y a lo que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido singular trascendencia, si bien a efectos muy diferentes de los que aquí se consideran (sentencia, antes ya traída a colación, en el asunto *Lambert y otros c. Francia*, § 143, 178 y 179, resolutoria de una controversia sobre la eventual retirada de soporte vital a un paciente en estado vegetativo). La regulación legal de la prestación de ayuda para morir no podría haber desatendido en este concreto aspecto elementales exigencias de igualdad de trato entre pacientes que se encuentran en condiciones parejas de enfermedad y sufrimiento, aunque solo algunos sean, ya inmersos en esa

[30] Tal posibilidad es criticada por Rey Martínez cuando afirma que "Mayor calado presenta, a mi juicio, la objeción sobre la omisión en la Ley de garantías adicionales para evitar el conflicto de intereses con las clínicas privadas y concertadas que practiquen la ayuda a morir. Puede trazarse un cierto paralelismo con la STC 53/1985 sobre el aborto. Sería deseable, en este sentido, algún tipo de control público específico, aunque el Tribunal Constitucional puede refugiarse en la existencia del control general o en la negativa a convertirse en legislador añadiendo de propia mano tales garantías para evitar declarar la inconstitucionalidad por este motivo". Vid. REY MARTÍNEZ, F., *cit.*, p. 585.

situación extrema, capaces de solicitar la ayuda que otros, en prevención de no poder hacerlo, documentaron en su día positivamente que se les habría de prestar en circunstancias análogas".

Así pues, dados los términos con los que se expresa la Sentencia tampoco existe, al amparo de la misma, un obstáculo constitucional para que la ayuda para morir pudiera dejar de constituir una prestación con cargo al sistema público de salud. A este respecto, la Sentencia afirma que, si bien "la Constitución demanda a los poderes públicos -en primer término, al legislador- permitir la ayuda por parte de terceros a la muerte de la persona capaz que así lo decide, libre y conscientemente, en el tipo de situaciones extremas a las que se refiere nuestro enjuiciamiento y de habilitar las vías necesarias para ello", ello no implica que "se derive necesariamente un deber prestacional del Estado". Lo que el Estado "no puede hacer es eludir su responsabilidad en esta materia, como sucedería si pretendiese permanecer ajeno -mediante la prohibición o la ausencia de regulación- a la específica problemática de quien precisa la ayuda de terceros para ejercer de modo efectivo su derecho en este tipo de situaciones".

Por último, existe un argumento más que informa a favor de la no fundamentalidad del derecho a la eutanasia: la propia exigencia del requisito del denominado "contexto eutanásico" para que pueda ejercerse el pretendido derecho.

A estos efectos, el Tribunal Constitucional recurre a la aparente nueva doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos contenida en el caso *Mortier* para fundamentar que la interpretación del artículo 15 CE debe tener presente la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE) y la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad como fundamentos del orden político y de la paz social (art. 10.1 CE). De este modo, dicha conexión con los principios de dignidad y libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), determina, para el Tribunal, un ámbito de autodeterminación de la persona que ampara también la decisión individual de darse muerte por propia mano, cuando tal decisión se adopte de manera libre y consciente por un ser humano capaz que se encuentre inmerso en un contexto de sufrimiento personal extremo debido a causas clínicas de gravedad límite, racional y objetivamente contrastables conforme a los parámetros de la ciencia médica. En una situación extrema de este tipo, la decisión relativa a cómo y cuándo finalizar la propia existencia afecta de manera insuperablemente destacada a su dignidad. Y tal dignidad, pese a estar reconocida a todas las personas con carácter general, no debe ignorarse el hecho obvio de la especificidad de las situaciones trágicas de sufrimiento personal extremo provocadas por enfermedades graves incurables o profundamente incapacitantes.

A la vista de estos razonamientos, el Tribunal parte de la premisa de que la pretendida autodeterminación que constituye un valor estelar de nuestro orden

constitucional sólo existe, en lo que a la decisión de poner fin a la vida de manera voluntaria se refiere, cuando concurre lo que denomina "contexto eutanásico", un contexto de sufrimiento extremo. Y ello se conecta con la dignidad de manera que, como ya expresara el Comité de Bioética de España, si el fundamento de la despenalización de la eutanasia es la dignidad humana, entendida ésta como autodeterminación en la configuración del propio proyecto de vida, tal reconocimiento no cabe restringirlo a determinados casos o contextos, como serían los de terminalidad o cronicidad. Hacerlo supone una contradicción en sus propios términos, un verdadero oxímoron. Si la dignidad es un valor predicable de todos los seres humanos, ¿cuál sería el argumento ético y legal para restringir el reconocimiento del derecho a morir solo a algunos contextos? Todas las personas por el mero hecho de serlo deberían tener reconocido tal derecho. Cualquier miembro de la comunidad que expusiera su pretensión de morir tendría el derecho a ver satisfecha su demanda al vérsele legalmente reconocida tal facultad.

¿Cuál sería el argumento ético y legal para salvar la vida de aquel que quiere lanzarse desde lo alto de un edificio? ¿Por qué presumir la irracionalidad en el que se asoma al precipicio con deseos suicidas y no del que, en ejercicio de su dignidad, pretende que se acabe con su vida sin esgrimir razones para ello y al margen de un contexto de enfermedad? ¿Por qué limitar el derecho a solicitar la ayuda a morir a aquellos que padecen una enfermedad crónica o terminal y no a cualquiera con independencia de que se encuentro inmerso en un contexto de enfermedad o no?[31]

Cuestión distinta, sería admitir que, en determinados contextos, como son los de terminalidad o, incluso, cronicidad, la presunción de racionalidad de la decisión de morir, debe admitirse, en pos de la dignidad, permitiendo a la persona acabar con su vida como único medio para acabar con el sufrimiento que conlleva la situación o enfermedad. Y precisamente en este aspecto radica posiblemente la confusión en la que incurre el Tribunal. El solicitante de la medida eutanásica no está realmente demandando morir, sino su derecho a no sufrir, a no ver afectada su integridad física o psíquica. La muerte, la no vida, no es el objeto de la solicitud, sino la consecuencia necesaria para dejar de sufrir. La muerte, el final de la vida es también el final del sufrimiento. De hecho, si el dolor o el sufrimiento pudiera eliminarse desaparecería también la petición de acto eutanásico.

---

[31] Comité de Bioética de España, *Informe sobre el final de la vida y la atención en el proceso de morir, en el marco del debate sobre la regulación de la eutanasia: propuestas para la reflexión y la deliberación*, 6 de octubre de 2020, pp. 17 y 18. Puede accederse a dicho Informe a través del siguiente enlace: http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/Informe%20CBE%20final%20vida%20y%20la%20atencion%20en%20el%20proceso%20de%20morir.pdf.

Y, desde esta perspectiva, cobra pleno sentido la exigencia de que la medida eutanásica sea la última de las alternativas para solventar el sufrimiento del paciente, una vez agotadas todas las demás alternativas paliativas, como la sedación en contextos de sufrimiento no sólo físico, sino también psíquico o existencial refractario, aunque en esta cuestión el Tribunal muestra, con todos los respetos, una ignorancia clínica muy destacada. Y lo decimos, sobre todo, por lo que se manifiesta en relación con tales cuidados cuando se señala, literalmente, que "Debe oponerse de partida que los cuidados paliativos no constituyen una alternativa en todas las situaciones de sufrimiento en las que opera el derecho de autodeterminación de la muerte eutanásica. No lo son, en particular, en casos de padecimientos graves, crónicos e imposibilitantes en los que no cabe esperar un fallecimiento próximo". Así, el Tribunal confunde tratamiento paliativo y situación de terminalidad cuando aquéllos no vienen determinados por el contexto de terminalidad, sino por los fines que persiguen, véase, paliar el dolor y sufrimiento, lo que puede tener lugar en una situación de terminalidad e, igualmente, de cronicidad.

Afirmar, como hace el Pleno, que "los cuidados paliativos suponen una opción terapéutica que la persona puede rechazar desde su concepción personal de una muerte digna, que puede llevarle a preferir la anticipación directa de la muerte, opción asimismo amparada por el derecho de autodeterminación de la persona en el contexto eutanásico" es expresión de una absoluta contradicción. Si la persona puede, en virtud de su concepción personal de muerte digna, rechazar *ab initio* los cuidados paliativos, ¿por qué debe exigírsele que se encuentre en un contexto eutanásico?

La confusión en la propia concepción del contexto eutanásico es palmaria, ya que éste no solamente puede quedar integrado por una situación determinada, la de sufrimiento con determinadas características, sino la de sufrimiento sin otra alternativa que la de morir. En su defecto, no existe argumento iusfilosófico que permita excluir de la ecuación a quien meramente deseé meramente morir, sin enfermedad o padecimiento alguno, y solamente porque esté sufriendo.

Cuando el Tribunal trae a colación de manera reiterada la dignidad para, inmediatamente a continuación, limitar la eficacia del derecho a la muerte a determinados contextos que denomina "eutanásicos", se abre un camino inexorable para que tal derecho pueda ejercerse en muchos otros. Y este es el principal problema que deriva de abordar el problema de la eutanasia en clave de derecho subjetivo y no desde la perspectiva de la reprochabilidad penal de la conducta.

En el fondo, lo que parece que pretende sostener el Tribunal es que solamente puede acreditarse que el sujeto actúa libre y autónomamente cuando la petición se formula en un contexto eutanásico. Lo relevante para la mayoría no es que se incorporen en el proceso garantías suficientes que permitan verificar que la decisión se ha adoptado de

manera libremente autodeterminada, sin presiones de terceros ni del propio contexto, sino que ello se hace en una situación de grave sufrimiento. Por tanto, en modo alguno cabe proclamar sin ambages un derecho a la muerte sustentado en la libertad, sino un contexto en el que la petición, no libre con carácter general, puede entenderse que lo puede ser por la situación. Y ello nos lleva nuevamente a defender que no cabe proclamar un derecho a la muerte, es decir, un contenido negativo al derecho a la vida proclamado en el artículo 15 CE, sino una situación de excepción a la regla general que es que nadie puede solicitar del Estado o de un tercero que acabe con su vida.

Y, quizás, por ello y, porque el propio Tribunal es consciente de la incoherencia de su argumento (proclamar un derecho con fundamento en la dignidad y libertad, para, a continuación, limitarlo a supuesto en los que concurra un contexto muy específico), tal proclamación lo es de manera tibia, como un derecho subjetivo prestacional, no de un derecho fundamental. Se trataría, en realidad, de una suerte de excepción al valor vida, en principio, inalienable, en contextos muy específicos. Y ello, permite concluir que no estamos ante un nuevo derecho fundamental derivado del derecho a la vida en conexión con la dignidad y libertad, sino ante un supuesto excepcional que permite su proclamación y configuración por parte del legislador democrático.

Como señalara el Comité de Bioética de España "otra cuestión es que en determinados contextos muy específicos el desgarrador deseo de una persona de acabar con su sufrimiento no puede ser desatendido ni por la sociedad ni, por tanto, por el Derecho a través de otro medio que no sea poner fin a su existencia. Pero ello colocaría, necesariamente, al acto eutanásico en clave de excepción y no de regla general. El derecho a la vida no tendría, pues, contenido negativo, es decir, no cabría reconocer un derecho a morir, pero, sin perjuicio de ello, el derecho a la vida habría de admitir, por compasión, ver satisfechas demandas concretas de acabar con la vida" [32].

Y para concluir, mencionar que la interpretación que hemos mantenido en nuestro trabajo de manera que el nuevo derecho a la eutanasia no ostentaría la condición de derecho fundamental, sino de mera creación normativa en el margen de los límites que la Constitución atribuye al poder legislativo, parece que la comparte, igualmente, la doctrina de los Tribunales de Justicia dictada en aplicación de la Ley Orgánica 3/2021. Así, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sección 4.ª, de 25 de abril de 2023, en un caso de

[32] Comité de Bioética de España, *Informe sobre el final de la vida y la atención en el proceso de morir, en el marco del debate sobre la regulación de la eutanasia: propuestas para la reflexión y la deliberación*, 6 de octubre de 2020, p. 20. Puede accederse a dicho Informe a través del siguiente enlace: http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/Informe%20CBE%20final%20vida%20y%20la%20atencion%20en%20el%20proceso%20de%20morir.pdf.

denegación de la ayuda a morir por la Comisión de Garantía y Evaluación de la Comunidad Valenciana por falta de concurrencia de los requisitos legales, en concreto, la ausencia de un verdadero "contexto eutanásico", al no constar acreditado que la paciente sufriera una enfermedad grave e incurable que además provoque padecimientos o sufrimientos físicos o psíquicos constantes e insoportables sin posibilidad de alivio, manifiesta, literalmente, que "para el legislador, por consiguiente, la eutanasia activa directa -prestación de ayuda para morir- aparece reconocida en nuestro ordenamiento jurídico como un derecho individual. No se dice que sea un derecho fundamental como es el derecho a la vida; lo que se afirma es que la eutanasia conecta con ese derecho fundamental protegido, como también debe cohonestar con los otros derechos fundamentales y libertades públicas recogidos en nuestra Constitución y que reseña este primer apartado del preámbulo. La STC de 22 de marzo de 2023 (publicada en el BOE el día de hoy, pendiente de insertar en la base de datos del CENDOJ) se expresa acerca de la eutanasia activa y directa, indicando que la ley reconoce un derecho subjetivo de naturaleza prestacional (fd quinto), también calificado de derecho público subjetivo"[33].

Y si bien es cierto que la Sentencia en cuestión se plantea en el marco del procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona, regulado en el orden contencioso-administrativo en el Título V de la Ley 29/1998, de 13 de julio, lo que informaría, indiciariamente a favor de la fundamentalidad del derecho, la propia Sala del Tribunal Superior de Justicia señala que "Con independencia de la naturaleza jurídica del derecho que se invoca - si derecho fundamental o no, cuestión abierta incluso tras la STC de 22 de marzo de 2023 - la disposición adicional quinta de la L.O.3/2021, de 24 de marzo (sin rango de L.O.) prescribe que los recursos a los que se refieren los artículos 10.5 y 18.a , se tramitarán por el procedimiento previsto para la protección de los derechos fundamentales de la persona en la Ley 29/ 1998, reguladora de la jurisdicción contencioso- administrativa".

En definitiva, el Tribunal Constitucional ha creado, al amparo de la Ley Orgánica 3/2021 , una suerte de derecho subjetivo prestacional de configuración legal y, que por obra del legislador ordinario (véanse, Disposición Adicional 5.ª y Disposición Final 3.ª de la Ley Orgánica 3/2021), encuentra su protección, en lo que a las resoluciones de denegación expresa o por silencio negativo de las Comisiones de Garantía y Evaluación

[33] En el resto de resoluciones judiciales dictadas hasta la fecha no se ha abordado dicha cuestión de la naturaleza jurídico-constitucional del nuevo derecho proclamado en la Ley Orgánica 3/2021. Véase, Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1.ª, del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 16 de diciembre de 2022 (resolución núm. 353/2022); Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 4 de Valladolid de 15 de julio de 2022 (Sentencia 105/2022); y Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1.ª, del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 12 de junio de 2023 (resolución núm. 217/2023).

se refiere, por el procedimiento previsto para la protección de los derechos fundamentales de la persona en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa .

Y, a estos efectos, recuérdese lo manifestado por el propio Tribunal Constitucional en la Sentencia 160/1987, de 27 de octubre , en relación con el recurso interpuesto por el Defensor del Pueblo, contra la totalidad de la Ley 48/1984, de 26 de diciembre, reguladora de la objeción de conciencia y de la prestación social sustitutoria , y contra la Ley Orgánica 8/1984, en su art. 2, apartados 1, 2, 3 y 4 , reguladora del régimen de recursos y régimen penal en materia de objeción de conciencia y prestación social sustitutoria: "tampoco goza de esta cualidad [la de derecho fundamental] la determinación de lo que sea un derecho fundamental por la circunstancia, meramente procesal, de estar protegido por el recurso de amparo, puesto que el Derecho comparado nos muestra la inexistencia de ese recurso como posible garantía de esos derechos, no obstante su reconocimiento".

El Tribunal con su Sentencia sobre la eutanasia sí puede determinar, en cierto modo, un límite al espacio de libertad del que goza el propio legislador en materia de regulación de la eutanasia, y éste sería, como ya hemos comentado antes, la imposibilidad constitucional de establecer un sistema penal de protección de la vida que desatienda el derecho a la libertad autodeterminada en cuanto al final de la vida. Empero ello no significa que el legislador no conserve, aún, cierta libertad de configuración pudiendo, por ejemplo, optar por un modelo de regulación de la eutanasia en clave de excepción a la responsabilidad penal, regulando una eximente parcial o completa para aquél profesional sanitario que dé muerte a un paciente en un contexto eutanásico en términos, quizás, más claramente redactados que los que se recogen en la Ley Orgánica 3/2021 , como el propio Tribunal Constitucional reconoce tímidamente en algunos apartados de su Sentencia.

La eutanasia, por tanto, ha venido para quedarse, pero no necesariamente en los términos en los que aparece regulada en la Ley Orgánica 3/2021 , y menos aún, como un derecho fundamental derivado del artículo 15 CE en relación con la dignidad y libertad, sino como un derecho subjetivo prestacional de configuración legal.

Como explica Mary Ziegler en su reciente trabajo sobre el *overruling* de *Roe v. Wade* que supone la doctrina *Dobbs*, la propia Justice Ruth Bader Ginsburg, quien fue la principal defensora dentro de la Corte Suprema norteamericana del derecho al aborto, había manifestado en diferentes ocasiones que *Roe* había ido demasiado lejos y

demasiado rápido[34]. Por el contrario, podemos afirmar nosotros que la Sentencia española sobre la eutanasia ni inaugura realmente una nueva forma de interpretación de los derechos y libertades ni ha ido tan lejos, aunque la rapidez no es algo que podamos negarle.

[34] ZIEGLER, M., *Roe, the History of a National Obsession*, Yale University Press, New Haven, 2023, p. 151.